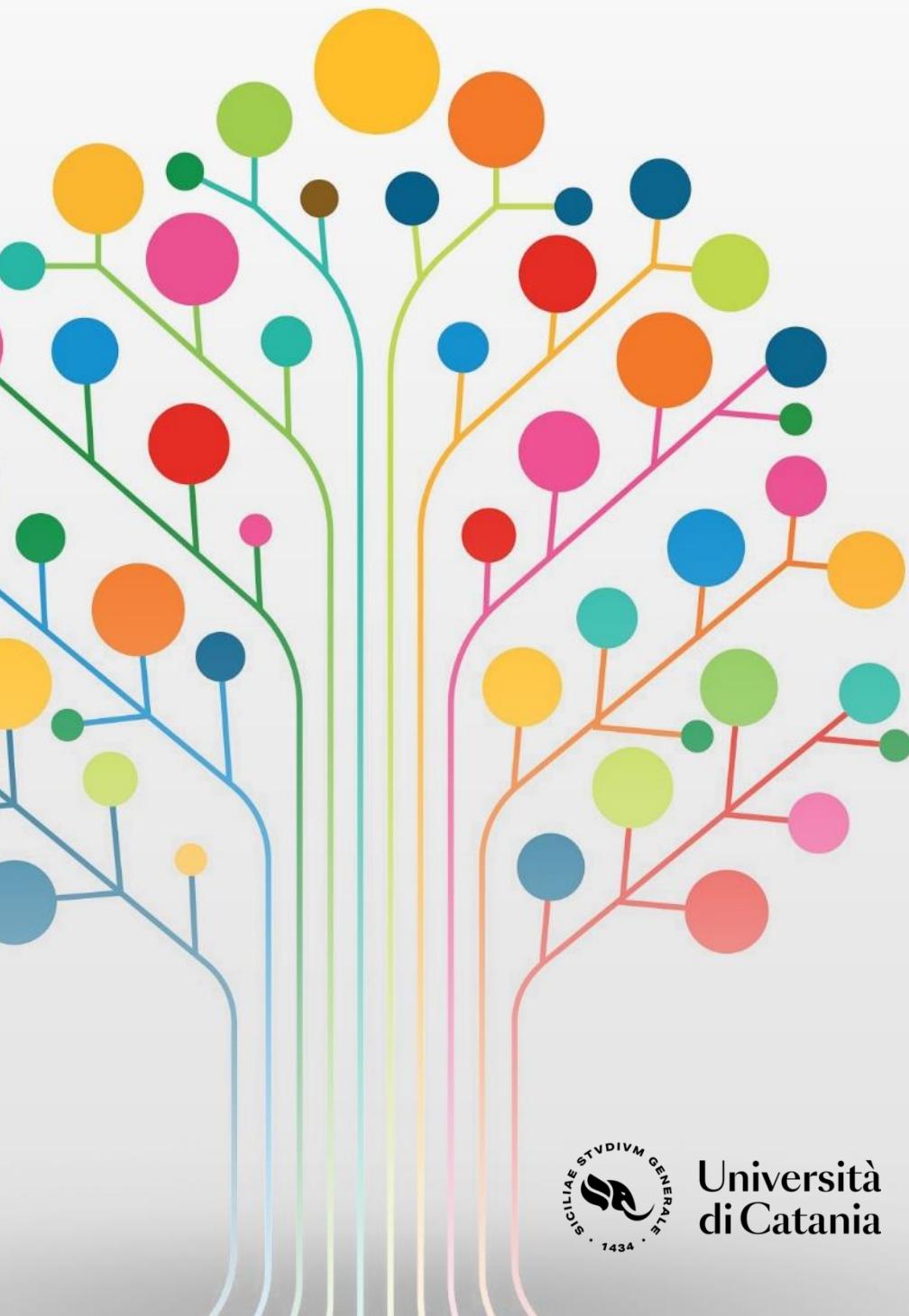


1/2011

20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

GAETANO NATULLO, Università del Sannio

PASQUALE CHIECO, Università di Bari

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

GIUSEPPE VECCHIO, Università di Catania

LUIGI DE ANGELIS, Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Genova

FABIO RAVELLI, Università di Brescia

CRISTINA ALESSI, Università di Brescia

ANDREA BOLLANI, Università di Pavia

SOMMARIO

La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori	
Franco Carinci	1
Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010	
Maria Teresa Carinci	23
Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010	
Stefano Giubboni	37
Le RSA ieri, oggi; e domani?	
Gaetano Natullo	57
Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero	
Pasquale Chieco	76
La certificazione e l’arbitrato dopo il “Collegato lavoro” (legge 4 novembre 2010, n. 183)	
Valerio Speziale	86
Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150	
Franco Carinci	118
Giustizia sociale, stato, diritti	
Giuseppe Vecchio	165
Il tentativo di conciliazione e l’arbitrato irruale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria	
Luigi de Angelis	186
Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici	
Fabio Ravelli	206
Disponibilità, attesa e contratto di lavoro	
Cristina Alessi	228
Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010	
Andrea Bollani	247

La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*

Franco Carinci

1. La vera posta in gioco: il sistema contrattuale e rappresentativo.	2
2. Varietà della categoria metalmeccanica ed uniformità di disciplina.	2
3. Il doppio compromesso dello Statuto dei lavoratori: associazionismo / movimentismo / pluralismo / unità.	3
4. Esaurimento della “spinta propulsiva” del Protocollo del ’93.	5
5. La riforma “separata”: gli accordi interconfederali del gennaio e dell’aprile 2009.	8
6. L’Ipotesi di accordo categoriale “separato” del 15 ottobre 2009: dalla rottura interconfederale a quella federale.	10
7. L’accordo separato di Pomigliano del 15 giugno 2010: prevalenza della linea <i>soft</i> della Confindustria.	11
8. L’accordo separato di Mirafiori del 23 dicembre 2010: prevalenza della linea <i>hard</i> della Fiat.	14
9. Dall’accordo di Mirafiori al contratto collettivo separato del 29 dicembre 2010: la chiusura del cerchio.	18
10. Chi fa la “storia”, un uomo e/o una situazione?	21

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 113/2011

1. La vera posta in gioco: il sistema contrattuale e rappresentativo.

Se avessi scritto questo mio pezzo all'indomani dell'accordo di Pomigliano, cercando di sincronizzarlo e sintonizzarlo al dibattito svoltosi nell'ambito del Seminario dedicatovi in quel di Bologna, lo avrei intitolato con un'interrogazione, "Pomigliano, cronaca o storia"? Un titolo non particolarmente originale, ma destinato a enfatizzare quel dubbio ricorrente che ogni avvenimento del nostro contesto istituzionale, politico, sindacale, così ricco di *coup de théâtre* e così povero di fatti significativi, fa emergere: ancora una volta molto rumore per nulla, un'occasione per rinfocolare una guerriglia cronica, grave ma non seria, con la sua momentanea ora di gloria negli indigesti pastoni giornalistici e nei logorroici *talk-show* televisivi; oppure questa volta, sì, un momento di svolta, una rottura di continuità, destinata a durare, anzi a caratterizzare una nuova stagione, se pur ancora in fase di incubazione. Scrivendolo ora, all'indomani del referendum di Mirafiori, l'interrogazione può ben lasciar posto all'affermazione qui prescelta, perché a prender la parola "storia" nell'accezione minore, propria di chi la vive, ristretta ad anni, non certo di chi la scrive, dilatata a decenni se non a secoli, la linea di frattura risulta ormai non solo evidente, ma passibile di allargamento, sì da rompere la preesistente contiguità territoriale.

Quella fisica è solo una metafora, perché qui non c'è proprio nulla di empirico da vedere, verificare, misurare. E usarla può servire a materializzare una valutazione, che, però, domanda d'essere precisata, a cominciare proprio da cosa ne costituisca l'oggetto. Dato il mestiere che mi è proprio, l'oggetto è certo il diritto del lavoro; ma attenzione: il riferimento è a quel che chiamiamo diritto sindacale, assai più ed assai prima di quel che battezziamo come diritto del rapporto individuale di lavoro.

È comprensibile che nello scontro al calor bianco, il fuoco reciproco colpisca meno il cambio radicale relativo al sistema di relazioni collettive, ed assai più il patrimonio di diritti individuali, *ex lege* o *ex contractu*, presuntivamente messi in discussione. Sono proprio questi ultimi ad essere sentiti dai lavoratori, che si raffigurano modi e tempi di lavoro diversi, con sforzi e stress ricostruibili come fossero dei vissuti già sperimentati; e sono sempre questi ultimi ad essere meglio percepiti dalla c.d. opinione pubblica, che si identifica con individui concreti, in carne ed ossa, toccati nei loro stili e ritmi quotidiani.

Tutto ben comprensibile. Ma, avvalendomi del privilegio dello studioso di selezionare quanto ritiene essere più rilevante e significativo rispetto ad un processo che rimette in movimento un determinato *status quo*, è proprio il nuovo *incipit* relativo al nostro sistema di relazioni collettive a meritare il massimo dell'attenzione. Esso coniuga un duplice, interconnesso fenomeno: da un lato, un vero e proprio salto verso un radicale decentramento della *bargaining unit* (dall'*industrial* al *company agreement*), col correttivo "positivo" di un forte centralismo dei *bargaining agents* (le oo.ss. nazionali); dall'altro, un ritorno ad un pluralismo rappresentativo di base (dalla rsu alle rsa), col correttivo "negativo" di un regime promozionale condizionato dalla sottoscrizione del contratto collettivo da parte delle oo.ss. di riferimento, ciò a seguito del *vulnus* apportato all'art. 19 St. lav. dal referendum abrogativo del 1995.

2. Varietà della categoria metalmeccanica ed uniformità di disciplina.

Non sorprende che il processo abbia avuto come terreno elettivo la categoria dei metalmeccanici, a tutt'oggi quella industriale per antonomasia, con - al 2007- i suoi 1.600.000 addetti, pari al 10% dell'intera economia ed al 47% dell'industria manifatturiera; e con i suoi 400 miliardi di euro di

fatturato, di cui 117 di VA, sì da contribuire per il 7,6 % al Pil e per il 48,8% al VA dell'intera economia, nonché per il 53% alle esportazioni italiane. Numeri di per sé estremamente significativi, ma che lo diventano ancora di più se si tiene presente che è l'industria metalmeccanica a produrre la totalità dei beni di investimento in macchine ed attrezzature, sì da trasmettere l'innovazione tecnologica a tutti i rami e settori della vita economica.

Per quanto scontato, occorre ricordare che quella metalmeccanica, come "categoria", ha sì una sua base oggettiva, ma quale definita dal campo di applicazione del contratto collettivo nazionale, con a suo criterio base quello costituito dall'oggetto dell'attività svolta: lavorazione del metallo e siderurgia. E tale definizione, così come poi dettagliatamente articolata, è figlia di una scelta storica che non ha dalla sua alcuna ontologica giustificazione, tanto che avrebbe potuto e potrebbe essere diversa, per es. elevando ad altrettante categorie autonome quelle considerate solo come settori interni dallo stesso contratto collettivo, fra l'altro appiattiti sotto lo stesso regime unitario: siderurgico autoavio, elettromeccanico ed elettronico, meccanica generale, fonderie di seconda fusione, cantieristico.

Ne è risultata una categoria amplissima, omnicomprensiva fino ad una estrema eterogeneità dei datori, dei processi e dei prodotti, dei moduli organizzativi, dei tipi e livelli di patrimoni professionali richiesti, dei mercati ecc., con l'aggravante tipica della struttura produttiva italiana, di una estrema frammentazione fortemente piramidale: oggi circa 60.000 imprese, di cui quelle con meno di 200 dipendenti rappresentative del 98% del totale, per il 59% degli addetti.

Al di là della ricostruzione storica di tale scelta, resta che essa risultava pienamente sintonica rispetto alla opzione di fondo per un'organizzazione sindacale ed una contrattazione industriali, cioè verticali, con una ricomposizione "classista", che non solo superasse la tradizionale distinzione impiegati/operai, ma realizzasse una disciplina tendenzialmente uniforme a scapito delle spinte centrifughe: anzitutto settoriali, a vantaggio dei settori più deboli; poi, dimensionali, a favore delle imprese minori; infine territoriali, a pro delle realtà produttive meridionali. All'interno di tale contenitore era possibile combinare l'effetto traino esercitato dai trattamenti degli impiegati, ieri, ed oggi dei quadri, dai settori più avanzati, dalle imprese maggiori, dalle concentrazioni settentrionali, con una mobilitazione di massa almeno tendenzialmente unifamatrice verso l'alto. Lo era, in forza di una duplice caratteristica interdipendente, cioè la più forte stabilità e la più forte propensione sindacale della forza lavoro, riconducibile, almeno per la nostra categoria metalmeccanica, anche alla prevalenza degli operai e dei maschi, diminuita nel corso del tempo, ma ancora attestata, rispettivamente, sul 60% e sull'82%. Ma, a riprova di quanto detto, questa duplice caratteristica risente sempre del fatto dimensionale, tanto che, stando ad un'Indagine della Federmecanica del 2009, la percentuale dei *full time* va dall'88,4% delle imprese fino a 50 dipendenti al 96,6% di quelle oltre i 5000, con un valore medio del 94%; e, a sua volta, il tasso di sindacalizzazione dal 17% delle prime al 45,4% delle seconde, con un valore medio del 34,4%.

3. Il doppio compromesso dello Statuto dei lavoratori: associazionismo / movimentismo / pluralismo / unità.

Come ben noto, l'opzione a pro di una organizzazione categoriale non solo venne risuscitata senza soluzione di continuità nel secondo dopoguerra, ma recepita ed ingessata nella nostra stessa Carta costituzionale, senza peraltro trovare mai la via di una sua traduzione legislativa: certo per una incoerenza intrinseca fra affermazione della libertà sindacale e predeterminazione etero-

noma della struttura contrattuale; ma anche e soprattutto per il venire meno della sua precondizione, cioè l'unità sindacale. Il che non impedì il perpetuarsi dell'opzione in parola, peraltro non solo collaudata e consolidata, ma rispondente alla stessa situazione post-bellica. La lasciò, però, affidata all'evoluzione del sistema, tanto da permettere, prima - al temine degli anni del boom, quelli '50 – la faticosa nascita, e poi, al culmine degli anni del risveglio operaio, quelli a cavallo fra i '60 e i '70 – la turbolenta egemonia della contrattazione aziendale.

Lo Statuto dei lavoratori, che privilegia proprio l'azienda, cercando di assicurarvi diritti di "cittadinanza" sia ai lavoratori *uti singuli* sia ai sindacati, lo fa riportando la promozione sul luogo di lavoro sostanzialmente nell'ambito di un sistema fortemente centralizzato e gerarchizzato, anzitutto degli agenti, ma, poi, anche, indirettamente e direttamente, dei livelli contrattuali. Sotto la "coperatura" delle tre Confederazioni, viste come le controparti e le garanti del "patto politico" sotteso allo Statuto, erano le associazioni ed i contratti nazionali di categoria ad uscirne da protagonisti, come reso del tutto evidente dal testo originario dell'art. 19, ma anche dell'art. 26, nonché confermato dall'art. 36 e dall'art. 28.

Il che rendeva del tutto verbale il compromesso fra "organizzazione" e "movimento" realizzato in apertura dell'art. 19, con riguardo alle rappresentanze sindacali aziendali, costituibili "ad iniziativa dei lavoratori", ma "nell'ambito" delle associazioni sindacali di cui alle lett. a) e b), come ben presto dovette essere riconosciuto. Tanto più che vi si parlava di rappresentanze sindacali aziendali, che nella pur asfittica esperienza pre-statutaria, erano viste e vissute come istanze di base delle federazioni nazionali, formate dai rispettivi associati nelle unità produttive di riferimento.

Quest'ultima osservazione ci introduce ad un altro compromesso, assai più rilevante e significativo, perché vero e proprio pilastro portante del titolo III dello Statuto, quello fra "unità" e "pluralismo". Non v'è dubbio che lo Statuto fu partorito in una stagione non solo di unità di azione, ma addirittura precludente all'unità organica, nell'idea illusoria di una "supplenza sindacale" da parte della Trimurti confederale, che avrebbe superato l'artificiosa e sterile contrapposizione partitica, con una assunzione in prima persona della rappresentanza di una classe. Una classe, peraltro, ben lontana dalla interpretazione offertane dalla letteratura marxiana: sia come "classe in sé" (perché dilatata, nella sua composizione oggettiva, alla generica platea degli "sfruttati"), sia come "classe per sé" (perché resa, nella sua presa di coscienza soggettiva, con una confusa mescolanza di contrapposizione anti-capitalista, di ribellione anti-autoritaria, di solidarietà evangelica).

E non v'è dubbio, altresì, che lo Statuto depurasse e canalizzasse in senso riformista questa spinta unitaria; ma lo faceva con una sorta di dissociazione fra *intentio* e *ratio* legislativa: l'*intentio* la dava per scontata, fino al punto da elevarla a precondizione implicita della stessa piena operatività della sua politica promozionale, tesa ad una conversione negoziale e ad una deflazione della conflittualità; la *ratio* la ridimensionava a possibilità隐式, perché, come detto, formalmente consacrava il pluralismo rappresentativo nelle unità produttive, fino al limite di anticipare un suo possibile superamento solo nei termini di una "fusione delle rappresentanze sindacali aziendali" contemplata dall'art. 29.

Un duplice compromesso, uno esplicito ma apparente, perché tutto sbilanciato a pro dell' "organizzazione" rispetto al "movimento"; e l'altro implicito ma reale, perché fondato sul presupposto dell' "unità" e reso secondo la declinazione del "pluralismo". Il tutto - deve essere aggiunto - as-

sumendo a referente quella realtà manifatturiera e quella grande e media impresa, allora quantitativamente e qualitativamente assai più rilevanti di oggi, caratterizzate da elevati tassi, attuali o potenziali, di sindacalizzazione.

4. Esaurimento della “spinta propulsiva” del Protocollo del '93.

La partita giocata dallo Statuto doveva risultare vincente, favorita nel decennio '70 da una crisi strutturale che restituì una assoluta primazia proprio alle Confederazioni, con l'anticipazione della concertazione: concertazione destinata a divenire una caratteristica del sistema, ma ad avere un'evoluzione carsica. Essa era condannata a scontare la stretta delle rigidità produttive ed economiche imposte dalla competizione internazionale e delle limitazioni finanziarie dettate dall'Unione europea, ancor prima che la pur rilevante diversa coloritura politica del Governo di volta in volta in carica.

La risposta al sovraccarico garantista costituito dallo Statuto e da un *collective bargaining* continuamente al rilancio e aggravato da quel lascito dell'autunno caldo costituito da un clima aziendale di conflitto strisciante, avverrà non per nulla proprio nel settore leader del manifatturiero, il metalmeccanico, e nella grande impresa per antonomasia, la Fiat. Vista *a posteriori* la vicenda dell' '80 sembra anticipare quella che si sta svolgendo sotto i nostri occhi, con una Fiat alle prese con un mercato fortemente concorrenziale e competitivo, impegnata in uno scontro frontale con la Fiom per il governo delle fabbriche. Che, allora, non solo una stagione si fosse chiusa, ma che la c.d. gente se ne fosse resa consapevole, emerge con chiarezza dalla efficacia risolutiva della "marcia dei quarantamila", testimonianza di una perdita di egemonia della componente operaia su quella impiegatizia, con una presenza degli emergenti quadri; e viene confermata in quella altrettanto storica vittoria referendaria del 1985 sulla decelerazione della scala mobile, che vide ancora una volta la spaccatura interconfederale, fra una Cgil trainata dalla Fiom e la Cisl e l'Uil, trasformata in una spaccatura politica, fra il Pci e il governo di centro-sinistra guidato da Craxi.

Lo Statuto non veniva toccato, anzi avrebbe conosciuto un "prolungamento" nell'intervento legislativo a cavallo fra il decennio '80 ed il decennio '90, con riguardo al regime del licenziamento, individuale e collettivo, ed al regime anti-discriminatorio. Ma era già in corso un processo di obsolescenza, dovuto al ridimensionamento dell'universo manifatturiero e all'esaurimento del classico modulo fordista, col passaggio ad uno stadio post-industriale ed informatico. Se pur non se ne poteva considerare l'unico responsabile, certo poteva dirsi che lo stesso Statuto avesse contribuito al crescente dualismo del mercato del lavoro, fra *insiders* ed *outsiders*, cioè semi-protetti, non protetti, esclusi; e, rispetto agli stessi *insiders*, ad un irrigidimento nell'uso della forza lavoro costruito a misura di quel modulo fordista ormai chiaramente datato agli occhi di chi quel mondo imprenditoriale era costretto ad innovare per sopravvivere al confronto con l'estero.

Questo era il *punctum dolens* ben percepibile, tanto da dar vita a una sequenza di formulazioni correttive degli artt. 18 e 13, per ammorbidente sia il primo, al fine di favorire il turn-over fra "interni" ed "esterni", sia il secondo, allo scopo di flessibilizzare la mobilità professionale intra-aziendale; nonché alimentare una parallela successione di proposte più o meno estensive dello stesso Statuto, destinato, secondo un indirizzo prolungatosi dal ministro Treu al ministro Sacconi, tramite il comune consulente, Marco Biagi, ad avere come suo legittimo successore uno Statuto non più dei lavoratori, ma dei lavori. Un grande travaglio di pensiero, dibattito, scontro, specie con riguardo ad un qualsiasi ritocco dell'art. 18, assurto a invalicabile linea del Piave, come già a suo tempo l'indennità di contingenza. Ma, a far da contrappeso alla salda tenuta di un contratto a

tempo indeterminato presidiato per tutto un universo “privilegiato” dalla c.d. tutela reale, ecco fiorire una legislazione favorevole all'utilizzazione del contratto a tempo determinato, alla valorizzazione del part-time, alla legittimazione del lavoro interinale, all'acquisizione di attività para-subordinata, *sub specie* prima della collaborazione coordinata e continuativa, e poi, del lavoro a progetto.

C'era, però, un altro *punctum dolens*, meno visibile, ma più rilevante, cioè quello attinente allo stesso indirizzo promozionale consacrato nel Titolo III dello Statuto. Come visto, il compromesso raggiunto fra “unità” e “pluralismo” era di dar per scontata la prima e di declinare esplicitamente il secondo: naturalmente la convinzione era che quell’ “unità” sarebbe stata realizzata in chiave consensuale, imputando la dote statutaria non alle rappresentanze sindacali aziendali, ma ad una rappresentanza unica, con una più o meno forte composizione elettiva. Dato che la legittimazione di partenza era data *in primis* dall'essere associazioni sindacali aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative, era evidente che la scommessa sull’ “unità” riguardasse anzitutto il vertice, con una sequenza gerarchica dal nazionale all'aziendale, estesa dagli agenti ai corrispondenti livelli contrattuali: insomma, da una parte, unità di azione dei sindacati nazionali, preliminare ad una unità organica della rappresentanza di base, vista come cellula terminale comune; dall'altra, unitarietà del contratto di categoria, altrettanto preliminare all'unitarietà del contratto aziendale, vissuti in un rapporto correlato e coordinato fra I° e II° livello.

Solo che col decennio '80 l'unità di azione al vertice ed organica alla base era entrata in sofferenza anche laddove era stata compiutamente realizzata, per una crescente divergenza di strategie fra Cgil e Cisl ed Uil, che dalla diversa valutazione sulla crisi strutturale del Paese e dalla diversa risposta privilegiata (ideologico-politica e rispettivamente pragmatica-tradeunionista) riportava in primo piano una risalente differenziazione circa il rapporto fra contrattazione di categoria e contrattazione aziendale; ma la riportava, spostandola, per così dire in avanti, cioè con riguardo allo stesso punto di equilibrio raggiunto.

A far da scena di fondo c'era la contrapposizione emersa nel corso del decennio '50 fra Cgil e Cisl, risolta, all'inizio del decennio '60 a pro di quella “contrattazione articolata”, destinata ad essere rinnegata nel *turmoil* dell’ “autunno caldo”, per riemergere nella stagione dei Protocolli dell'ultimo ventennio del secolo. Quel che ormai tentava la Cisl era di rimettere in discussione la stessa formula consolidata, con una contrattazione aziendale non più di mera integrazione, ma di relativa autonomia: un II° livello rimpolpato rispetto ad un I° o dimagrito ad accordo quadro o flessibilizzato ad accordo derogabile.

Peraltro, all'inizio del decennio '90, la congiuntura era sfavorevole: la crisi finanziaria, resa drammatica dalla sua dimensione quantitativa, tale da poter escludere la stessa partecipazione alla costruzione europea *in itinere*, veniva accompagnata dalla crisi istituzionale. In questa situazione, un Governo tecnico e le parti sociali erano chiamati a riempire il vuoto lasciato dall'uscita di scena della scala mobile, che restituiva alla contrattazione un'area di manovra più ampia, ma al tempo stesso una responsabilità più grande. E, nel contesto di una condivisa politica dei redditi ancorata all'inflazione programmata, il Protocollo del '93 sembrava costituire il tanto invocato completamento consensuale dell'impianto dello Statuto dei lavoratori: consacrava l'unità d'azione al vertice e l'unità organica alla base, in ragione e funzione di un sistema contrattuale confederalizzato e funzionalizzato alla politica dei redditi, con un I° livello delegato al mantenimento del potere

d'acquisto ed un II° destinato al recupero dell'incremento di produttività; e lo faceva, con a contropartita la scommessa su una concertazione destinata ad essere sempre più formalizzata ed istituzionalizzata.

Così letto ed interpretato nel suo nocciolo duro, il Protocollo avrebbe avuto un indubbio successo in termini di contenimento salariale. Peraltro, una volta esaurito il suo compito di contenimento della spirale inflazionistica, avrebbe fatto esplodere lo squilibrio del *do ut des*: da un lato, un ritardo cronico nel recupero del salario reale; dall'altro, uno svuotamento della concertazione che, proprio al *climax* della sua formalizzazione sul finire del decennio '90, sarebbe risultata sempre più inflazionata nella partecipazione e sempre meno dotata di contropartite pubbliche, nonché largamente condizionata in una democrazia dell'alternanza dal Governo in carica.

Col procedere del primo decennio del nuovo secolo avrebbe ripreso vigore quell'aspetto già visto di una diversità di strategie rispetto ad un sistema contrattuale che privilegiava l'aspetto retributivo rispetto a quello organizzativo. Non era più sufficiente restare ancorati ad una tendenziale uniformità del trattamento normativo stabilito al I° livello, per ridurre il rapporto fra I° e II° a quello fra adeguamento del salario nominale e recupero dell'incremento della produttività; il fatto era che la produttività risultava in cronico calo, con un crescente divario negativo rispetto all'estero; e rilanciarla richiedeva una forte iniezione di innovazione e quindi di riorganizzazione, al di fuori ed al di là della rigida camicia di forza costituita da un contratto nazionale, fra l'altro costruito a misura di una categoria tanto ampia quanto eterogenea.

Certo tutto questo non sembrava all'ordine del giorno in quel lontano 1993, che, anzi vedeva traslato il modello del Protocollo nel pubblico impiego privatizzato, ma qui con un intervento legislativo che lo toglieva alla disponibilità delle parti, tagliando a priori il nodo della rappresentanza dei lavoratori al vertice ed alla base, secondo una soluzione che l'esperienza avrebbe dimostrato non esportabile *sic et simpliciter* nel settore privato; e, comunque, perpetuando il vecchio pregiudizio che tutto questo avrebbe potuto automaticamente tradursi in un incremento in termini di efficienza ed efficacia delle pubbliche amministrazioni, come la stessa Corte costituzionale aveva ritenuto per licenziarne la legittimità. Il risveglio avvenuto nel corso del primo decennio del secolo nuovo sarebbe stato amaro, fino a portare alla tanto contrastata riforma Brunetta.

In quello stesso torno di tempo, però, sarebbe stato proprio il referente legislativo costituito dal Titolo III dello Statuto ad essere completamente svuotato ad opera del referendum del 1995. Col senso di poi, si può ben dire che tutta una componente radicale, politica e sindacale, che li promosse e li appoggiò, fece la parte dell'apprendista stregone, ma è il risultato, destinato a divenire esplosivo proprio ai nostri giorni, ad interessare. Il criterio principale del primato confederale, già indebolito da un indirizzo giurisprudenziale lassista, venne eliminato, con la soppressione della lettera a), ed il criterio sussidiario del primato del contratto di categoria venne soppresso con l'amputazione della lettera b): d'allora in poi l'ingresso al trattamento promozionale di cui al Titolo III avrebbe richiesto la sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva. Non solo, perché il supporto legislativo alla raccolta dei contributi tramite delega ai datori di lavoro venne meno, con l'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 26, creando un vuoto che solo la contrattazione collettiva avrebbe potuto riempire.

La ricaduta immediata si ebbe in sede della sempre più frequente delega legislativa ad una contrattazione collettiva derogatoria, integrativa, suppletiva, con una sostituzione alla consolidata nozione di "maggiormente rappresentativa", se pur progressivamente dilatata, di quella assai più

generica e manipolabile di “comparativamente più rappresentativa”, fra l’altro predicata, con una incoerente assenza di sistematicità, a confederazioni e/o federazioni e/o rappresentanze aziendali, se non, con un’omnicomprensività di difficile giustificazione, ad organizzazioni, associazioni sindacali non ulteriormente qualificati; o, addirittura, sostituita con una diretta chiamata in causa della contrattazione, senza precisarne gli agenti, ma al massimo il livello. Che cosa questo abbia significato per fondarne un’efficacia della stessa contrattazione tale da investire l’intera generività interessata, come la delega legislativa avrebbe dovuto far supporre, è ben noto a *lippis et tonsoribus*.

5. La riforma “separata”: gli accordi interconfederali del gennaio e dell’aprile 2009.

Non per nulla il sistema era destinato ad esplodere proprio nella categoria leader costituita da quella metalmeccanica; e non per nulla ad avere il suo epicentro in quel settore strategico rappresentato dal settore auto, egemonizzato dalla Fiat: settore che conta oggi 1.750 imprese, per complessivi 174.000 dipendenti, ma con una prevalenza assoluta in termini di occupazione e di produzione della grande impresa torinese. Qui era destinata a svolgersi una sorta di riedizione dell’epica battaglia dell’80, con a co-protagonisti Fiat e Fiom, ma con più di una differenza, tale da renderla meno emblematicamente radicale, ma più significativa con rispetto non solo ai rapporti di forza, ma anche ai cambiamenti di sistema. Da un lato una Fiat, confrontata da un mercato dell’auto ancor più concorrenziale, tenibile solo a prezzo di un aumento del volume produttivo, effettuato con un maggior valore aggiunto ed un minor costo; dall’altro una Fiom, assestata sulla difesa di un patrimonio acquisito da gestire in prima persona, avvalendosi di una sua indubbia forza in termini di base e di capacità di mobilitazione.

A dire il vero lo scenario era già mutato allo stesso livello interconfederale, con una frattura che si era venuta approfondendo dal c.d. Patto per l’Italia del 5 luglio 2002 all’accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali 22 gennaio 2009, entrambi “separati”, per la chiamata fuori della Cgil. Certo non senza un decisivo influsso del quadro politico, perché fra il Patto per l’Italia e l’accordo quadro, conclusi sotto il secondo e rispettivamente il terzo Governo Berlusconi, c’era stato, a rompere il *continuum*, un Protocollo unitario, il c.d. Protocollo welfare del 23 luglio 2007, stipulato sotto il secondo Governo Prodi.

Pur dando per scontato questo influsso, accentuato dal clima fortemente polarizzato e radicalizzato, rimane pur sempre che il *focus* del confronto-scontro era sindacale. Il che risulta chiarissimo con riguardo all’accordo quadro 22 gennaio 2009, poi seguito da quell’Accordo interconfederale 15 aprile 2009 per la sua attuazione qui assunto come referente. Non intendo ritornare su un argomento già trattato, se non per sottolineare come il dissenso si fosse aperto non sull’*an* ma su il *quomodo* di rivedere il glorioso Protocollo del ’93, che, come detto, aveva ormai assolto al suo compito principale, quello anti-inflattivo. Se, da una parte, se ne criticava il dinamismo del salario categoriale, sempre in ritardo rispetto ad un tasso di inflazione non più tale da preoccupare; dall’altra, se ne sottolineava il riscontro poco o nulla significativo del collegamento fra salario aziendale e produttività.

A tener conto di quanto enfatizzato nello scontro e nello stesso intervento correttivo, l’aggiornamento del Protocollo del ’93, quale anticipato dall’accordo del gennaio e definito dall’accordo dell’aprile qui assunto a referente, - sempre col dissenso della Cgil - finiva per essere centrato sull’indicatore della crescita dei prezzi al consumo, offerto non più da un tasso di inflazione programmata ormai svalutato dal suo essere fissato d’autorità, in funzione esclusiva della politica

economico-finanziaria del Governo; ma dall'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia (IPCA), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici, secondo il giudizio di un "soggetto terzo". Il che, peraltro, non sembrava rimettere affatto in discussione il preesistente sistema contrattuale fortemente centralizzato e gerarchico: riaffermata la primazia del contratto nazionale, come regolatore dell'intero sistema articolato su un doppio livello e garante di un trattamento base uniforme sull'intero territorio nazionale, peraltro riunificando su una scadenza triennale la parte normativa ed economica, in coerenza all'abbandono del referente costituito dall'inflazione programmata; riconfermata la consolidata apertura, almeno sulla carta, al contratto decentrato, quale strumento di rilancio della produttività e della retribuzione reale.

Il continuismo era comprensibile, dato che un sistema coordinato e controllato, così come consolidatosi nell'arco di un cinquantennio, era e restava nel comune interesse; né appariva sostituibile con un nuovo e pieno regime senza l'adesione della Cgil. Restava l'idea di un'adesione successiva, tant'è che la riforma veniva considerata sperimentale, destinata ad essere verificata in prossimità della sua scadenza, il 15 aprile 2013. Ma c'era del nuovo, che, riletto oggi, risulta assai più significativo di quanto apparisse allora, a cominciare dalla enfatizzata connessione fra rappresentanza e responsabilità: connessione che affiora assai più che nelle formalizzate procedure di rinnovo, peraltro già note, nella affermata sinallagmaticità fra nuovo regime delle rsa/rsu e dovere di pace sindacale. Se, da un lato, il punto 7.1 dell'accordo interconfederale attuativo rinviava "ad uno specifico accordo interconfederale per rivedere ed aggiornare le regole pattizie che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo ivi compresa la certificazione all'Inps dei dati di iscrizione sindacale", con un'indubbia apertura alla Cgil; dall'altro, il punto 7.2 aggiungeva subito che per "un regolare sistema di relazioni industriali le parti si impegnano a rispettare e a far rispettare – nell'esercizio del cosiddetto potere d'influsso proprio delle organizzazioni delle imprese e dei lavoratori - tutte le regole che sono liberamente definite in materia di contrattazione collettiva". Il che lasciava aperto il vecchio problema dell'*enforcement*, ma al tempo stesso lo poneva in primo piano, elevandolo implicitamente a nodo da sciogliere contestualmente.

Non solo, perché c'era dell'altro, che riguardava proprio il rapporto fra contratto categoriale ed aziendale. Quel che si auspicava era un diverso rapporto nel salario, sicché quello fisso stabilito dal primo lasciasse più spazio a quello variabile distribuito dal secondo, con a supporto l'intervento defiscalizzante del Governo; ma non si ignorava che questo avrebbe lasciato scoperto l'ampio universo privo di un contratto collettivo aziendale. Ecco allora la previsione di un "elemento di garanzia retributiva" che il punto 4.1 presentava come un incentivo indiretto ad una estensione del contratto, ma che in realtà puntava ad attenuare il differenziale retributivo che altrimenti si sarebbe creato: "i contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria stabiliscono che sia riconosciuto un importo ... a titolo di elemento di garanzia retributiva, a favore dei lavoratori dipendenti da aziende prive di contrattazione di secondo livello e che non percepiscono altri trattamenti economici individuali o collettivi oltre a quanto spettante per contratto collettivo nazionale di categoria".

Non è tutto, perché col punto 5.1, rubricato in modo anodino "Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio", si toccava un nervo scoperto, quello delle "deroghe al contratto nazionale di categoria". Certo la formulazione era prudente, perché si accoppiavano due situazioni e finalità diverse, "governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali" o "favorire lo sviluppo economico ed occupazionale

dell’area”, con la prima, sufficientemente specifica e scontata, a far da copertura alla seconda, largamente generica ed innovativa; e perché si delineavano condizioni procedurali rigide per le intese, quali la loro previsione nei contratti di categoria, la loro trattazione e conclusione “fra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti i contratti”, nonché la loro successiva approvazione “dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata”. Ma l’ambito delle possibili “deroghe” restava assai largo, tanto da essere individuato al primo paragrafo, come ricomprensivo di tutte quelle dirette a “modificare in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria”. E non è che nel secondo paragrafo esso venisse più di tanto precisato: “La capacità di modificare è esercitabile sulla base di parametri oggettivi individuali nel contratto nazionale quali, ad esempio, l’andamento del mercato del lavoro, il livello di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti”. Non lo veniva, perché qui si davano criteri relativi ai fini giustificativi, non ai loro impatti su istituti economici e normativi; anche se pare evidente che, dando per scontati i limiti inderogabili legislativi, i compromessi fra costi e vantaggi per i lavoratori non potevano essere effettuati se non attraverso giudizi sintetici a misura dei singoli casi. Ma se così è, il contratto di II° livello avrebbe potuto spingersi fino ad “espropriare” in modo significativo quello di I°, fino al limite logico se non pratico, di configurarsi esso stesso come un quasi-contratto di I° livello.

6. L’Ipotesi di accordo categoriale “separato” del 15 ottobre 2009: dalla rottura interconfederale a quella federale.

All’indomani dell’accordo interconfederale attuativo, la palla passava alle Federazioni di categoria della Cisl e della Uil, che avrebbero dovuto vedersela con il suo carattere di accordo separato, una volta impegnate nel rinnovo della parte economica biennale dei contratti collettivi, a suo tempo siglati unitariamente. Senza scendere nei dettagli, si può dire che il processo si svolse in modo niente affatto traumatico, con un comportamento pragmatico e compromissorio da parte delle stesse Federazioni della Cgil, con l’unica eccezione, ma estremamente pesante, quella della Fiom. Veniva così riecheggiato e moltiplicato a livello categoriale lo strappo avvenuto a livello interconfederale: il 15 ottobre 2009, Federmeccanica, Fim ed Uilm firmano un’Ipotesi di accordo separato che non si limita ad aggiornare la parte economica biennale, ma si prolunga a revisionare anche la parte normativa quadriennale del contratto collettivo nazionale del 20 gennaio 2008 per l’industria metalmeccanica privata, quest’ultimo, a suo tempo, sottoscritto anche dalla Fiom.

A dire il vero, il tema più caldo, quale costituito dal recepimento del nuovo rapporto fra contratto di I° e di II° livello di cui all’accordo interconfederale 15 aprile 2009, veniva rinviato alla stesura del testo definitivo, con la contestuale istituzione di una Commissione paritetica incaricata di predisporre “linee guida per la definizione dei premi di risultato” entro il giugno 2010 e regole in tema di “disciplina integrativa aziendale” entro il dicembre 2010. Ma, a tale ultimo riguardo, il tono era piuttosto prudente, dato che vi si sottolineava l’intento “di consolidare il modello contrattuale fondato su due livelli di contrattazione, introdotto con il Protocollo del 23 luglio 1993 così come integrato dall’Accordo interconfederale 15 aprile 2009”, dando in questo modo per scontato un sostanziale *continuum*; e vi si fissava un preciso percorso per la Commissione. Il mandato conferito alla Commissione non calcava la mano, perché richiedeva di conformare il regime del contratto di II° livello a quanto innovato dall’accordo interconfederale dell’aprile 2009, ma

con riguardo al suo punto 3 (“Il secondo livello di contrattazione”), senza alcun richiamo esplicito del punto 4 (“Elemento di garanzia retributiva”) e soprattutto del punto 5 (“Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio”). Non solo: qui, ricalcando quello stesso accordo interconfederale, si continuava a parlare di rappresentanze sindacali unitarie, sì da dar per scontato che la crisi dell’unità di azione verificatasi a livello confederale e federale non rimettesse in discussione l’unità organica della presenza sindacale in azienda.

Il *punctum dolens* restava quello costituito dall’efficacia dell’Ipotesi dell’ottobre 2009, destinata a confrontarsi con una problematica complicata, data dalla sovrapposizione temporale fra l’Ipotesi stessa ed il precedente contratto nazionale del gennaio 2008. Secondo la tempistica in vigore ai sensi del Protocollo del luglio ’93, il contratto nazionale aveva una durata distinta, quadriennale per la parte normativa “fino a tutto il 31 dicembre 2011”, e biennale per la parte economica, “fino a tutto 31 dicembre 2009”; mentre, stando alla tempistica stabilita dall’accordo interconfederale dell’aprile 2009, unica e triennale, l’Ipotesi prevedeva una decorrenza dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2012.

Ora la complicazione non riguardava tanto una rivisitazione della parte economica del contratto nazionale del 2008, di cui era prevista la scadenza biennale proprio al 31 dicembre 2009; e, comunque, una rivisitazione migliorativa. Riguardava, invece, la riscrittura della parte normativa, di cui era contemplata una scadenza quadriennale al 31 dicembre 2011, ora destinata a fare i conti con la tempistica dell’Ipotesi, per la sua sostituzione con la nuova disciplina 1° gennaio 2010-31 dicembre 2012. Ritornava, così, di estrema attualità la problematica dell’efficacia di un accordo separato, con l’ulteriore complicazione di un suo sovrapporsi ad un contratto unitario non ancora scaduto. Tanto più che qui il primo non sostituiva completamente il secondo: qua e là lo richiamava per modificarlo; e, comunque, lasciava un vuoto non riempibile altrimenti se non per rinvio implicito al contratto unitario precedente.

Questo per il presente, mentre per il futuro era destinata ad incombere la classica clausola della proroga tacita e dell’ultra-attività, inclusa *more solito* nel contratto nazionale del gennaio 2008: “Il contratto si intenderà rinnovato secondo la durata di cui al primo comma se non disdetto, tre mesi prima della scadenza, con raccomandata a.r. In caso di disdetta il presente Contratto resterà in vigore fino a che non sia stato sostituito dal successivo Contratto nazionale”.

7. L’accordo separato di Pomigliano del 15 giugno 2010: prevalenza della linea *soft* della Confindustria.

Se pur l’Ipotesi di accordo dell’ottobre 2009 non desse corso al rinvio di cui al punto 5 dell’accordo interconfederale dell’aprile 2009, circa il previo varo di un regime a livello categoriale delle intese derogatorie del contratto nazionale stipulabili in sede territoriale, tale punto troverà il suo *test in* un accordo aziendale firmato a Roma il 15 giugno 2010, dalla Fiat Group Automobiles S.p.A., assistita dall’Unione industriale di Torino e dall’Unione degli industriali di Napoli, e dalla Fim, Uilm e Fismic nazionali e di Napoli. È su questo testo che è stato condotto l’approfondito confronto dell’ultimo Seminario di Bertinoro, cercando di districare un vero e proprio groviglio giuridico: groviglio prodotto da un contratto aziendale separato (accordo di Pomigliano del giugno 2010), che attuava il punto più conflittuale di un accordo interconfederale pure separato, il 5 (accordo interconfederale dell’aprile 2009), senza il previsto passaggio intermediatorio per via di un con-

tratto nazionale (Ipotesi di accordo dell'ottobre 2009), intervenuto sì, ma silente al riguardo, nonché, soprattutto, se pur separato, inteso a modificare la parte non ancora scaduta del contratto nazionale unitario del gennaio 2008.

Non intendo qui né riprendere quanto già svolto altrove, né ricostruire se pur sinteticamente quel dibattito svoltosi nel Seminario, perché è tutto scritto e pubblicato, meritevole di essere appreso dalla viva "voce" dei partecipanti, senza aggiungere e togliere niente, a rischio altrimenti di mortificare od alterarne la ricchezza. Desidero, invece, approfittare del privilegio auto-accordatomi di essere l'ultimo, quello che chiude la porta, per rivedere come l'accordo di Pomigliano costituisse non una istantanea a sé, ma la prima immagine di una pellicola di cui è stata sviluppata ormai una gran parte: una prima immagine, cui ne seguono altre, in quello stesso 2010, cioè l'accordo categoriale 29 settembre 2010, sulle "intese modificate", l'accordo Mirafiori del 23 dicembre 2010, il contratto collettivo di Pomigliano del 29 dicembre 2010.

Secondo l'angolo di visuale prescelto, mi limiterò a considerare l'impatto sul sistema contrattuale, senza questa volta lasciarmi coinvolgere nel pur interessante e significativo confronto circa il se ed il come possa essere stato compromesso il patrimonio garantista o appesantito il carico fisio-psichico dei singoli lavoratori. D'altronde, continuo a ritenere che, pur dando per ovvio il peso esercitato dall'"indurimento" dell'impegno richiesto agli occhi dei diretti interessati, così come percepito e rappresentato, il vero cuore dello scontro sia stato costituito dal ruolo dei protagonisti collettivi, per quel che si aspettavano dovesse derivarne per il presente e per il futuro.

In una sintesi, che certo non rende la complessità della vicenda nella sua frenetica evoluzione, ma serve a dipingere con qualche rapida pennellata la scena di fondo, si deve prendere atto dell'"assenza della politica", da intendersi, però, nella sua vera portata: di mancanza non di un'attenzione, di una presa di posizione, di una schermaglia fra una coalizione di centro-destra compatta a favore dell'operazione, ed una di centro-sinistra combattuta e divisa fra il pro ed il contro; ma di una mediazione governativa accompagnata e rafforzata dalla messa a disposizione di risorse pubbliche. Personalmente ritengo che non fosse più possibile battere quest'ultima via una volta usata ed abusata, per la concomitante presenza di impedimenti giuridici e finanziari e di vincoli dettati da oltre oceano; ma che non fosse nemmeno opportuno.

Qualunque sia il giudizio, però, il fatto è che la partita si è svolta tutta fra le parti sociali, secondo una contrapposizione tutt'altro che lineare. Sulla sponda datoriale c'è stata una indubbia diversità di vedute fra una Confindustria, costretta a navigare fra Scilla e Cariddi, "perdere" la Fiat o "de-stabilizzare" un'intera categoria dominata dalla medio-piccola impresa; e, rispettivamente, una Fiat condannata a mettere sul tavolo l'ultima carta, quella di una *joint venture* italo americana, tutta giocata sulla messa a disposizione di dollari, pubblici e privati, a pro di una significativa crescita nel mercato automobilistico e - perché no - borsistico. Una diversità di vedute, questa, che condizionerà la vicenda, con una concessione iniziale alla linea *soft* di Confindustria, come testimoniato dall'accordo di Pomigliano del giugno; ma con una ricezione finale della linea *hard* della Fiat, come evidenziato dall'accordo di Mirafiori del dicembre 2010.

Sull'altra sponda, quella sindacale, la contrapposizione destinata ad incattivirsi strada facendo era fra la Fiom e gli altri sindacati; ma, al tempo stesso, c'era, se pur non una contrapposizione, una dialettica continua ed intensa anche fra la Fiom e la Cgil. Per quanto meno appariscente, quest'ultima ha giocato indubbiamente una parte importante, riecheggiando ed amplificando una divisione presente all'interno della Confederazione, tutt'altro che priva di sponda all'esterno, in una

sinistra incapace di convergere su una sintesi condivisa fra l'anima riformista e l'anima tardo-classista o movimentista. È ipotizzabile che la Fiom abbia vissuto la sua battaglia come una minoranza nella Confederazione (con un 6% degli iscritti ed un 17% dei voti per la sua mozione, contro l'83% per la mozione Epifani-Camusso, nell'ultimo Congresso della Cgil), tesa a radicalizzarne la strategia e come un'avanguardia nel Paese, capace di esprimerne la diffusa precarietà economica e sociale; e che l'abbia fatto in forza di una ideologia ed una cultura sopravvissute alla stagione sessantottesca, perché radicate nella residua realtà dell'"operaio massa", ormai largamente minoritaria rispetto a quella dell'"operaio diffuso".

Questo non toglie che la battaglia abbia avuto come suo epicentro un duplice nodo sindacale: costituito, il primo, dal rapporto fra I° e II° livello; rappresentato, il secondo, dall'esercizio del diritto di sciopero. E nel condurre tale battaglia la Fiom ha certo rivelato una notevole spregiudicatezza. Se riusciva scontata la contrarietà di principio ad un contratto aziendale che derogasse a quello nazionale, con piena sintonia fra la Fiom e la Cgil, che anche per questo si era rifiutata di sottoscrivere l'accordo interconfederale dell'aprile 2009; risultava, altresì, provata una prassi di contrattazione aziendale derogatoria con la stessa Fiom come protagonista. E se riusciva indubbia l'opposizione a qualsiasi limite all'esercizio individuale del diritto di sciopero; risultava, anche, possibile una lettura delle due clausole più discusse dell'accordo di Pomigliano, la 14 (clausola di responsabilità) e la 15 (clausole integrative del contratto individuale di lavoro) che evidenziasse come ad essere messa in questione era la fase collettiva, preliminare (proclamazione) o contestuale (influenza), se pur fino al limite di una sorta di responsabilità oggettiva, e non quella individuale (astensione). Possibile, anzi obbligata, perché a prescindere dalla lettera ambigua di tali clausole, tanto da non andare affatto esenti da critica, una diversa interpretazione, una volta messa in pratica, non sarebbe riuscita a trovare alcuna conferma giudiziale da parte di una giurisprudenza, a tutt'oggi unanimemente favorevole alla titolarità individuale del diritto di sciopero, nonostante qualche riserva a pro della titolarità sindacale o perlomeno collettiva dello stesso diritto coltivata da una certa dottrina di "sinistra" (!).

Solo che alla Fiat la Fiom non intendeva fare alcuna concessione derogatoria, perché era la Fiat, cioè l'impresa metalmeccanica per antonomasia, quella per cui un'eccezione non avrebbe confermato, ma avrebbe sostituito la regola; né intendeva accettare alcuna corresponsabilizzazione rispetto all'osservanza della disciplina contrattuale, perché significava farsi garante e guardiana della pace sociale rispetto all'intera platea dei lavoratori. Il che - perfettamente rispettabile se pur non condivisibile - sarebbe rimasto occultato in una campagna di opposizione tutta condotta all'insegna di un sovraccarico fisio-psichico, tale da portare ad uno sfruttamento, fuori da ogni misura e da ogni comparazione; e, rispettivamente, di un esproprio del patrimonio garantista non solo legislativo, ma anche costituzionale. Un rullar di tamburi continuo ed ossessivo, accompagnato da un disinteresse per il risultato immediato, tale da apparire al limite del cinismo, dato che era in gioco uno stabilimento estremamente significativo per il livello occupazionale assicurato, dentro e fuori, nell'indotto, nonché per il territorio debole presidiato.

Un disinteresse, peraltro, più apparente che reale, visto l'impegno profuso nello svolgimento del referendum; ma anche reale, perché ad essere considerato prioritario non era l'esito della battaglia, ma il posizionamento in vista della guerra così apertasi: era opportuno vincere la battaglia referendaria in corso; ma era necessario, anzi essenziale, condurla, anche a fronte di un'elevata probabilità di perderla, perché una sconfitta ora avrebbe permesso una rivincita domani.

Il punto di maggior difficoltà per la Fiom era quello relativo al referendum sull'accordo separato: da un lato, era lo strumento consacrato da sempre come quello democratico *par excellence*; dall'altro, proprio per questo risultava pericoloso legittimarla in un caso in cui avrebbe molto probabilmente dato semaforo verde ad un accordo separato. Come venirne fuori? Il modo, che sarà poi elevato a modello applicato anche nel successivo caso di Mirafiori, è stato quello di considerarlo illegittimo: nell'oggetto, perché l'accordo sottopostovi sarebbe risultato contrario all'ordinamento giuridico ed all'ordinamento sindacale; e nello svolgimento, perché il risultato sarebbe riuscito alterato dal sotteso ricatto occupazionale: il sì, pollice a favore, il no, pollice contrario al lavoro.

Il che, però, non era destinato ad essere seguito da un comportamento coerente, perché la Fiom avrebbe condotto senza risparmio di colpi il combattimento referendario; ed una volta risoltosi con un successo del sì del 63%, notevole, ma al di sotto del previsto, avrebbe rivendicato per sé il 37% dei no, enfatizzando il fatto che fosse superiore al suo tasso di sindacalizzazione.

8. L'accordo separato di Mirafiori del 23 dicembre 2010: prevalenza della linea *hard* della Fiat.

A Pomigliano aveva prevalso la linea *soft* della Confindustria: l'accordo era sottoscritto da una Fiat ancora aderente alla Confindustria, tanto da farlo con l'assistenza dell'Unione industriali di Torino e dell'Unione degli industriali di Napoli; era formalmente un accordo aziendale relativo allo stabilimento Gian Battista Vico, che spendeva il punto 5 dell'accordo interconfederale dell'aprile 2009, se pur l'ipotesi di accordo dell'ottobre 2009 non gli aveva dato attuazione; era siglato da Fim, Uilm e Fismic Nazionali e di Napoli, senza l'adesione della rsu, ma non rimetteva in discussione quest'ultima; era aperto ad un successivo ingresso della Fiom, senza prevedere un previo semaforo verde da parte di ciascun sottoscrittore originario.

Solo che la linea *hard* della Fiat avrebbe tardato ben poco a manifestarsi con la sua prima mossa, la registrazione avvenuta il 19 luglio 2010, di una *newco* "Fabbrica Italia", controllata al 100% da Fiat Partecipazioni, che faceva sospettare quale fosse la sua direzione di marcia, verso un'uscita da Federmeccanica e la chiamata fuori dallo stesso contratto nazionale di lavoro. Dura protesta della Fiom, ma anche viva preoccupazione della Fim e della Uilm; mentre Federmeccanica abbozzava, tanto da inviare il 7 settembre 2010 la disdetta dal contratto collettivo "unitario" del gennaio 2008, con grande anticipo rispetto alla previsione contrattuale, per la quale sarebbe stato sufficiente trasmetterla tre mesi prima della scadenza, cioè del 31 dicembre 2011. Per esplicita ammissione la disdetta era giustificata dall'opportunità di rimuovere in anticipo ogni eccezione di ultrattivitÀ di quel contratto del gennaio 2008 oltre la data prevista, lasciando così il campo completamente sgombro all'ipotesi di accordo categoriale dell'ottobre 2009, che era intervenuto dopo, peraltro con una sorta di malformazione congenita, perché, come noto, era separata.

Solo che un'anticipazione temporale così lunga doveva risentire della paura del momento, che, cioè, la Fiat scappasse di mano. Paura condivisa, tant'è che un accordo categoriale raggiunto il 29 settembre dello stesso 2010, tra Federmeccanica, Fim ed Uilm, interveniva a "sanare" l'assenza di una traduzione a livello categoriale del famoso punto 5 dell'accordo interconfederale separato dell'aprile 2009: a "sanare", perché tale assenza avrebbe dovuto essere riempita prima, non dopo l'accordo di Pomigliano del giugno 2010.

Proprio qui riesce confermato quanto già anticipato a proposito dell'Ipotesi di accordo categoriale dell'ottobre 2009, che, cioè, desse per scontato il rinvio implicito al contratto nazionale del gennaio 2008, incorporando quanto non modificato. Tant'è che l'accordo categoriale pur sempre separato del settembre 2010 aggiungeva proprio alla sezione terza, sul sistema di regole contrattuali, del contratto nazionale unitario del gennaio 2008, un art. 4 *bis*, sulle intese modificate del CCNL. Rispetto al suo referente, cioè il punto 5 dell'accordo interconfederale separato dell'aprile 2009, l'art. 4 *bis* presentava qualche variante, fra cui la più significativa riguardava una precisazione del contenuto. Ai sensi del 4° comma dell'art. 4 *bis*, le "intese modificate dovranno indicare: gli obbiettivi che si intendono conseguire (qualora di natura sperimentale o temporanea), i riferimenti puntuali agli articoli del CCNL oggetto di modifica, le pattuizioni a garanzia dell'esigibilità dell'accordo con provvedimenti a carico degli inadempienti di entrambe le parti"; mentre a termini del 5° comma le "intese modificate non possono riguardare i minimi tabellari, gli aumenti periodici d'anzianità e l'elemento perequativo oltreché i diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge". Trasparenza, più che per gli obbiettivi, per gli articoli modificati, sanzionabilità dell'eventuale inosservanza, esclusione della parte retributiva destinata a costituire la base uniforme per l'intera categoria; ma al tempo stesso larga facoltà di manovra sulla ricaduta di una eventuale ristrutturazione sull'organizzazione del lavoro, con l'ovvia salvezza dei diritti individuali inderogabili *ex lege*.

Ormai, però, si è fuori tempo massimo. La Fiat accelerava: il 16 dicembre 2010, dando vita ad una scissione parziale, con la società holding Fiat Spa, che controlla, con riguardo alla produzione di auto, la Fiat Group Automobiles (al 100%), cui fa capo la partecipazione in Chrysler Group LLC (per il 25%), la Maserati (al 100%), la Ferrari (all'85%); e, rispettivamente, con riguardo alla produzione di macchine agricole ed industriali la Fiat Industrial S.p.A. (al 100%). La strategia è chiara, separare due attività: da un lato, quella dell'auto, che dovrebbe riprendersi da una indubbia difficoltà di mercato attraverso l'acquisto della Chrysler, con conseguente immissione di denaro fresco, accelerazione del tasso di innovazione, crescita assai significativa del fatturato; dall'altro, quella delle macchine agricole ed industriali, che dovrebbe continuare a godere della sua buona salute produttiva e finanziaria. Ma una siffatta strategia domanda una grossa scommessa finanziaria, con a sua premessa una piena, continua, regolare utilizzazione degli impianti, che solo una più intensa, ma soprattutto cooperativa disponibilità della forza lavoro potrebbe assicurare. Su questa necessità batte e ribatte l'uomo della Provvidenza insediato al vertice della Fiat, che spende l'indubbio successo conseguito in passato quale credenziale per il futuro; e che, nel giro del breve tempo trascorso dall'accordo di Pomigliano, si è venuto convincendo ancora di più della debolezza della linea *soft* sostenuta dalla Confindustria e della bontà della linea *hard* da lui prevista fin dall'inizio.

È possibile che abbia pesato il suo essere un italiano abituato a giocare oltre Oceano, dove il confronto è duro e crudo, ma una volta chiuso, tale rimane; ma certo ha pesato di più quanto ci si riprometteva da parte di quel mondo politico e sindacale americano, disposto sì a rischiare, ma senza sconto alcuno rispetto all'impegno italiano. Certo è che Marchionne non era più disposto ad accontentarsi del risultato conseguito a Pomigliano, non per il nuovo regime organizzativo varato, ma per il sistema contrattuale in cui risultava inquadrato. Quest'ultimo era reso pesante ed incerto dal coesistere di un doppio regime, unitario e separato, a livello sia interconfederale (Protocollo del luglio 1993 e, rispettivamente, accordi interconfederali del gennaio e dell'aprile 2009)

che categoriale (contratto collettivo nazionale del gennaio 2008 e, rispettivamente Ipotesi di accordo dell’ottobre 2009). Il che creava un intreccio problematico al limite del paralizzante per quanto riguardava il rapporto di contenuto normativo, di ambito di efficacia, di interlocutori, di decorrenza, di situazione post-scadenza; intreccio destinato a scaricarsi in termini di conflittualità e vertenzialità giudiziaria sullo stesso accordo aziendale separato di Pomigliano.

Il cambio di marcia avviene con l’accordo di Mirafiori del 23 dicembre 2010, siglato fra la Fiat Group Automobiles S.p.A., assistita dall’Unione industriale di Torino e i rappresentanti delle Segreterie nazionali e della provincia di Torino di Fim, Uilm, Fismic e Ugl Metalmeccanici e della Associazione Capi e Quadri Fiat. A venir per prima è la precisazione che “la Joint Venture ... non aderirà al sistema confindustriale” e che, coerentemente, “applicherà un contratto collettivo specifico di primo livello che includerà quanto convenuto con la presente intesa”, rinviando, per il trattamento non disciplinato, alla “stesura del contratto collettivo specifico” e, “per il sistema di partecipazione e i diritti sindacali all’allegato n. 1”. A seguire per seconda, è la puntualizzazione che l’adesione al presente accordo è condizionata al consenso di tutte le parti firmatarie”. A chiudere per terza ed ultima, è l’esplicita previsione che il “presente documento conclusivo diventerà operativo a fronte dell’approvazione da parte della maggioranza dei lavoratori”.

La svolta *dall’industrial collective agreement*, a doppio livello, al *company agreement*, monolivello, è compiuta, con recupero del modello organizzativo di Pomigliano, sub specie di contratto non più di II°, ma di I° livello, come tale autonomo ed auto-sufficiente. Ma un siffatto sganciamento richiede un cambio nel sistema, perché se, da un lato, impegna in prima persona le associazioni sindacali nazionali, dall’altro, deve scontare l’opposizione della Fiom Cgil, quindi fare a meno della legittimazione di base derivante dalla sottoscrizione della rsu: la via d’uscita è costituita dal referendum, dove la partita viene giocata una volta per tutte, senza possibilità di essere riaperta, sì da mettere a rischio l’investimento effettuato. Proprio per questa definitività dell’eventuale risposta positiva – che toccherà alle parti sindacali firmatarie garantire fino al limite della responsabilità oggettiva, con una sorta di solidarietà creditizia – un’eventuale successiva adesione della Fiom deve essere accettata da tutte le organizzazioni stipulanti.

Ne segue un ritorno allo Statuto, cioè all’art. 19, così come amputato dai referendum del 1995: la rsu lascia il posto alle rsa, cioè l’unità organica a base elettiva al pluralismo a base associativa. Se ce n’è un’avvisaglia nella mutuazione della clausola di responsabilità dell’accordo di Pomigliano da parte del successivo accordo di Mirafiori, che prende luogo con la sostituzione di “ dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla RSU” con “dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla Rappresentanza Sindacale dei Lavoratori”; ce n’è, invece, una precisa e dettagliata conferma nell’allegato 1 allo stesso accordo di Mirafiori, a cominciare dal suo art. 1 sulla “Costituzione delle Rappresentanze sindacali aziendali”.

Peraltro questo ritorno allo Statuto non concede più niente all’ “iniziativa dei lavoratori”, facendo fruttare a suo vantaggio il prevalente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale a pro di una sufficienza di un mero battesimo da parte di una organizzazione a ciò legittimata. Non solo, perché sono le organizzazioni sindacali territoriali, anzitutto nazionali e poi locali, a contare, sì da relegare le loro rappresentanze aziendali a sedi di trasmissione più che di assunzione di decisioni.

Basti ripercorrere la composizione delle varie Commissioni, previste e disciplinate in quell’allegato n.1 all’accordo di Mirafiori, che, peraltro, parla sempre di Rappresentanza sindacale al singolare, se pur, poi, dando per scontata la presenza rappresentativa di tutte le organizzazioni firmatarie.

Si può cominciare dalla più importante, la Commissione Paritetica di Conciliazione, vera e propria suprema camera preposta ad una gestione cooperativa dell'applicazione del contratto: essa risulta composta, "per parte sindacale da un componente per ogni Organizzazione Sindacale firmataria... individuato nelle rispettive Segreterie nazionali...". Né troppo diversa risulta la composizione della Commissione Pari Opportunità, che contempla "un componente per ogni Organizzazione Sindacale firmataria..., designati dalle rispettive Segreterie Nazionali nell'ambito delle strutture sindacali di categoria...".

E se è vero che nelle altre Commissioni sono coinvolti componenti delle Rappresentanze aziendali, questi non sono scelti dalle stesse, ma designati dalle organizzazioni territoriali: per la Commissione Prevenzione e Sicurezza del Lavoro i "componenti ..., per la parte dei lavoratori, appartengono esclusivamente alla Rappresentanza sindacale dei lavoratori, e il loro numero è pari a 8", ma tali componenti, "individuati tra gli RLS dello stabilimento/unità produttiva", "saranno comunicati all'Azienda congiuntamente dalle Organizzazioni firmatarie ..."; per la Commissione Organizzazione e Sistemi di Produzione, i membri sono "per parte sindacale: 2 componenti della Rappresentanza Sindacale dei lavoratori per ogni Organizzazione sindacale firmataria ... designati dalle rispettive Segreterie territoriali"; per la Commissione Servizi sociali, con formula identica, i membri sono "per parte sindacale ... 2 componenti della Rappresentanza sindacale dei lavoratori per ciascuna Organizzazione Sindacale firmataria ... nominati dalle rispettive Segreterie Territoriali".

Un sistema destinato a chiudersi su se stesso a riccio: una volta legittimato dal referendum, nessuno può entrarvi senza il consenso di tutte le organizzazioni firmatarie; ma nessuno può neppure mantenere diritto di piena cittadinanza nella fabbrica, senza esservi entrato. Qui sta un divario sostanziale fra l'accordo di Pomigliano, il quale, se pur separato, era condannato a vivere all'ombra del contratto nazionale unitario del gennaio 2008, che permetteva alla Fiom di invocare a suo favore l'art. 19, lett. b Stat. lav., in quanto firmataria di quel contratto; e, rispettivamente, l'accordo di Mirafiori, che è si separato, ma, al tempo stesso, si separa dal sistema, sì da sottrarsi all'ipoteca del contratto nazionale unitario del gennaio 2008 e lasciare la Fiom scoperta proprio ai sensi di quell'art. 19, lett. b), perché non firmataria dell'unico contratto applicabile, questo di Mirafiori di I° livello del dicembre 2010.

Il che è puntualmente accaduto una volta che il referendum si è concluso con una vittoria dei sì, se pur di stretta misura, col 54%. Non condivido tutto il clamore sollevato circa una siffatta percentuale, considerata inferiore all'aspettativa dei promotori e sproporzionata una volta suddivisa fra componente operaia ed impiegatizia, sì da rivelare come proprio quest'ultima sia stata decisiva. Casomai la misura della vittoria, raggiunta solo alla fine, con solo qualche lunghezza di vantaggio, dovrebbe far dubitare dell'essersi svolto il referendum in un clima tale da pregiudicarne *a priori* il risultato. Può essere che i lavoratori pronunciatisi per il no credessero di poterlo fare senza troppo rischio, ritenendo scontato il prevalere del sì e/o giudicando l'ultimatum di Marchionne un puro tatticismo, per cui il prevalere del no avrebbe portato ad un ritorno al tavolo negoziale. Può essere, anche, che lo facessero, reagendo ad uno stato di frustrazione che dalla condizione di lavoro si proiettava sulla condizione sociale.

Comunque suona come una forzatura quella di offrire una rappresentazione manichea del risultato del referendum: di qua l'orgoglio ed il coraggio dei no, di là il rimessivismo e il fidelismo dei sì. Per correggerla potrebbe essere qui applicata una celebre distinzione weberiana: i no hanno

seguito l'etica della convinzione, che avrebbe salvato solo le anime loro; ed i sì l'etica della responsabilità, che ha salvato i corpi di tutti.

Certo suscita una comprensibile reazione critica la possibilità che la Fiom, l'organizzazione sindacale di maggioranza relativa (peraltro in uno stabilimento in cui circa la metà dei lavoratori non è sindacalizzata) possa restare senza la copertura del Titolo III. Ma intanto, come ben si sa, è pur sempre legittimata a farsi pagare dall'azienda i contributi sindacali in forza delle deleghe trasmesse dai lavoratori, sulla base di quella giurisprudenza che è intervenuta a "correggere" l'abrogazione referendaria dell'art. 26, comma 2°, ricostruendo le deleghe non più come mandati di pagamento, ma come cessioni di credito non richiedenti il consenso della parte creditrice.

Resta precluso l'accesso all'art.19, lett. b) e al conseguente patrimonio di diritti sindacali. Verrebbe da dire che *hoc iure utimur*; e se questo diritto vigente non rende lo spirito originario dello Statuto, falsando il suo meccanismo selettivo e, conseguentemente, il suo disegno promozionale, lo diventa per effetto di un referendum promosso da un fronte genericamente progressista. Ma se pur valido, questo è e rimane un discorso formale; al contrario, è e rimane un discorso sostanziale quello per cui *cuius commoda, eius incommoda*, sicché una volta approvato *legittimamente* un contratto, chi non era d'accordo, può continuare ad avere piena cittadinanza sul luogo di lavoro, ma non può usarla per rimettere in discussione quello stesso testo.

Ora si obietta che nessuno e niente ci dice che cosa si debba intendere per *legittimamente*, sì da rinviare ad una futura disciplina contrattuale o legislativa. Ma l'obiezione non è fondata, perché se si privilegia il discorso formale, la risposta è già data dall'art. 19, lett. b, Stat. lav.; se, invece, si privilegia la risposta sostanziale, l'unica possibile e praticabile è proprio quella referendaria: oggi come oggi, giuridicamente non ha rilevanza; ma politicamente fa la differenza.

Ridotta all'osso, l'alternativa "democratica" ad un sistema bloccato di pluralismo sindacale conflittuale è duplice: far votare i lavoratori a monte, per la scelta dell'agente contrattuale; far votare i lavoratori a valle per la ratifica di un contratto sottoscritto da alcune organizzazioni sufficientemente rappresentative, ma non da tutte. Non è difficile decidere quale sia la scelta più consona alla nostra tradizione, cultura, Costituzione, tanto da renderla addirittura obbligata; sicché non dovrebbe destare particolare opposizione per l'essere stata anticipata, senza violazione alcuna di legge o di contratto.

9. Dall'accordo di Mirafiori al contratto collettivo separato del 29 dicembre 2010: la chiusura del cerchio.

Dato l'angolo di visuale prescelto, non mi sono soffermato, prima, sul nuovo regime del rapporto di lavoro introdotto dall'accordo di Pomigliano, né mi soffermerò, ora, su quello varato con l'accordo di Mirafiori, che lo ricalca, peraltro non senza qualche significativo *aliquid novi*. C'è un punto, però, dell'accordo di Mirafiori che non posso trascurare, perché tende a chiudere il cerchio, il punto 10:

"Il fabbisogno degli organici della Joint Venture sarà soddisfatto in via prioritaria con l'assunzione del personale proveniente dagli stabilimenti di Fiat Group Automobiles S.p.A. di Mirafiori e, successivamente, dalle altre aziende del Gruppo Fiat dell'area torinese compatibilmente con le caratteristiche professionali, al fine di assorbire eventuali eccedenze. Per tale personale l'assunzione avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, con il riconoscimento dell'anzianità

aziendale pregressa e senza l'applicazione di quanto previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., in quanto nell'operazione societaria non si configura il trasferimento di ramo d'azienda".

"Con l'avvio della produzione della Joint Venture e in relazione al programma formativo saranno assegnate ai lavoratori le mansioni necessarie per assicurare un corretto equilibrio tra operai diretti e indiretti, garantendo ai lavoratori la retribuzione e l'inquadramento precedentemente acquisiti nelle aziende del Gruppo Fiat, anche sulla base di quanto previsto dall'art. 4, comma 11, L. 223/91".

Nel primo paragrafo di questo punto è descritto il meccanismo giuridico apprestato per *bypassare* l'art. 2112 Cod. Civ., perché di per sé quanto affermato - che, cioè, l'articolo non sarebbe qui applicabile per difetto *in casu* di un trasferimento aziendale - lascia il tempo che trova: non c'è un licenziamento da parte della vecchia ed una nuova assunzione da parte della nuova società, ma una cessione di contratto dall'una all'altra, con la conservazione dell'anzianità pregressa. Ora quel che risulta chiara è l'intenzione sottesa al ricorso all'istituto della cessione del contratto: questo richiede sì il consenso del ceduto, cioè di ogni singolo lavoratore, ma pare mettere al riparo dal regime protettivo dell'art. 2112 Cod. Civ., cioè dal divieto di un licenziamento motivato in forza e ragione dello stesso trasferimento, nonché dall'obbligo di conservare il trattamento normativo ed economico assicurato dalla contrattazione collettiva in vigore, nazionale, categoriale, aziendale fino alle previste scadenze.

Mi limito qui ad avanzare qualche riserva su una ricostruzione in chiave di cessione di credito di qualcosa che comportava un mero e semplice "mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata", cioè il comun denominatore del trasferimento *ex art.* 2112 Cod. Civ. Tanto più che se l'intenzione principale era quella di evitare il vincolo posto al trasferimento di portarsi in dote tutta la pregressa disciplina collettiva non scaduta del cedente, restava pur sempre la possibilità di far valere l'eccezione rappresentata dall'esistenza di altra disciplina presso il cessionario, quale costituita proprio dall'accordo di Mirafiori. Certo l'art. 2112 Cod. Civ. richiede, perché la prima venga sostituita dalla seconda, che siano di pari livello; ma se, ieri, lo stabilimento di Mirafiori era coperto da una contrattazione di I° e di II° livello, di categoria e di azienda; oggi, la S.p.A. Mirafiori è soggetta ad un accordo di I° ed esclusivo livello, sicché, almeno formalmente, l'eccezione avrebbe potuto considerarsi verificata, con conseguente efficacia sostitutiva della vecchia con la nuova regolamentazione collettiva.

D'altronde, nel sopra riportato paragrafo immediatamente successivo del punto 10, pare si garantisca "ai lavoratori la retribuzione e l'inquadramento precedentemente acquisiti nelle aziende del Gruppo Fiat", ma non le mansioni svolte", visto che "in relazione al programma formativo saranno assegnate ai lavoratori le mansioni necessarie per assicurare un corretto equilibrio tra operai e indiretti". E, dando per scontato che tali assegnazioni possano avvenire in deroga all'art. 2103 Cod. Civ., vien aggiunto "anche sulla base di quanto previsto dall'art. 4, comma 11, L. 223/91, che, come ben noto, prevede una deroga all'art. 2103 Cod. Civ. da parte "degli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di cui al presente articolo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti"; ma le procedure ivi previste sono quelle di mobilità, qui affatto fuori questione. Una pezza, posta per via di una giurisprudenza per la quale quell'art. 4, comma 11, sarebbe non un'eccezione, ma una espressione di una regola generale applicabile anche ad altre ipotesi dove si ponga una questione occupazionale.

Di bello e di brutto, la linea *hard* della Fiat esce vittoriosa, all'insegna di un nuovo sinallagma. Da un lato c'è una disciplina del lavoro riadattata a misura di una nuova organizzazione dell'attività produttiva *plus* una gestione con chi ci sta di un sistema di relazioni collettive chiuso ed autosufficiente: stabilimenti scorporati e resi autonomi col ricondurli ad altrettante società per azioni, non iscritte a Federmeccanica e firmatarie di contratti di I° livello, secondo il modello di *company agreement* ben conosciuto anche all'interno dell'Ue; controparti costituite da sindacati nazionali disposti a farsi co-garanti dell'osservanza dei contratti, fino al limite di una responsabilità oggettiva, sanzionata con la perdita di diritti sindacali *ex contractu*, aggiuntivi rispetto ai diritti *ex lege*; organismi rappresentativi di base associativi, totalmente disegnati e controllati dai vertici. Dall'altro, c'è una disponibilità ad un investimento massivo ed ad un programma industriale, tali da assicurare non solo il mantenimento del livello d'occupazione attuale, ivi compreso anche l'indotto, ma un ampliamento, senza mettere in discussione quel che alla fine dei conti è e rimane lo snodo strategico, cioè che Torino continui ad essere non solo il cuore, ma anche il cervello della Fiat.

Dopo neppure una settimana dalla firma dell'accordo di Mirafiori, il 29 dicembre 2010, a Roma è stato firmato un contratto collettivo lavoro, che costituisce un ulteriore passo avanti, fin dalla presentazione delle parti stipulanti: se nell'accordo di Pomigliano e nell'accordo di Mirafiori agiva la Fiat Group Automobiles S.p.A., con l'assistenza delle Unioni industriali di Torino e Napoli, e, rispettivamente, della sola Unione Industriali di Torino, qui, nel contratto collettivo lavoro del 29 dicembre 2010 agisce la Fiat S.p.A., senza alcuna assistenza confindustriale. Non manca d'interesse neppure la rappresentanza seduta dall'altra parte del tavolo: limitata a Fim, Uilm e Fismic nazionali e di Napoli, nell'accordo di Pomigliano; allargata ai rappresentanti delle Segreterie nazionali e della provincia di Torino di Fim, Uilm, Fismic e Ugl metalmeccanici e dell'Associazione Capi e Quadri Fiat, nell'accordo di Mirafiori, con una formula poi riprodotta nel contratto collettivo lavoro del 29 dicembre con un'unica variante, la sostituzione dei rappresentanti della provincia di Torino con quelli della provincia di Napoli.

Il fatto che il contratto collettivo di lavoro del 29 dicembre 2010 si presenta sì come il completamento dell'accordo di Pomigliano, il quale non solo incorpora quanto maturato nel cammino svolto fino all'accordo di Mirafiori, ma integra gli estremi di un contratto di I° grado, cui far riferimento da parte di tutte le costituite e costituende società-stabilimenti della Fiat. Così, riecheggiando l'accordo di Mirafiori, si dice che "è stato sottoscritto il presente contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello, che sarà applicato ai lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano che, non aderendo al sistema confindustriale non applica la contrattualistica definita nell'ambito dello stesso", per, poi aggiungere che l' "adesione al presente contratto di terze parti è condizionata al consenso di tutte le parti firmatarie".

Il suo titolo primo si articola su tre parti: le prime due, costituite da "Sistema di relazioni sindacali" e da "Diritti sindacali", riprendono l'allegato n. 1 all'accordo di Mirafiori, di cui s'è parlato sopra; mentre la terza, rappresentata da "Sistema di regole contrattuali", incorpora i due punti caldi trasmessi dall'accordo di Pomigliano all'accordo di Mirafiori, negli artt. 8 (Inscindibilità delle disposizioni contrattuali) e 11 (Clausola di responsabilità), se pur con una dizione più controllata, che in questa sede non può essere verificata nella sua effettiva portata.

Segue un titolo secondo che affronta la peculiarità del sistema Ergo-Uas, nella sua ricaduta sulla condizione di lavoro in termini di bilanciamenti produttivi, ambiente ed orario di lavoro; e, a sua

volta, un titolo terzo, quello classico, che tratta della disciplina del rapporto di lavoro, dall'assunzione alla risoluzione. Uno si aspetterebbe di leggere la parola fine; e invece no, perché c'è un ulteriore titolo quarto, che appronta una "normativa specifica per la Fabbrica Italia Pomigliano: "Le parti in applicazione del Contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello sopra definito e in attuazione dell'accordo del 15 giugno 2010 hanno definito la seguente normativa specifica per Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a."

Qui c'è il riscontro di quanto anticipato, che, cioè, il contratto collettivo lavoro del 29 dicembre 2010 è siglato con riguardo alla Fabbrica Italia Pomigliano, ma in verità viene considerato un contratto di I° livello, a tutt'oggi non "esteso" per forza originaria, ma "estendibile" per adozione successiva alle società-stabilimento Fiat; come tale per la stessa Fabbrica Italia rappresenta nei suoi titoli I, II, III, la disciplina a regime. Mentre tratta, nel suo titolo IV, della disciplina transitoria, quella relativa all'assunzione e alla dote economica e normativa assicurata al personale proveniente da Fiat Group Automobiles e Pc & Ma, secondo la formula di partenza già collaudata nell'accordo di Mirafiori: "Per il personale proveniente da Fiat Group Automobiles s.p.a. stabilimento Giambattista Vico e Plastic Components & Modules Automotive s.p.a. di Napoli, Pomigliano d'Arco, Caivano e Marcianise l'assunzione avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, senza periodo di prova, con il riconoscimento dell'anzianità aziendale pregressa e con salvaguardia del trattamento economico complessivo e senza l'applicazione di quanto previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., in quanto nell'operazione economica non si configurano trasferimenti di rami d'azienda".

10. Chi fa la "storia", un uomo e/o una situazione?

Se si volessero applicare alla nostra vicenda le grandi categorie della storiografia, si potrebbe scegliere fra quella dell' "egemonismo" e quella del "determinismo": fra il grande uomo che curva a sua misura la realtà e la realtà che trova il grande uomo che la libera. E, a dir la verità, c'è stato chi ha fatto di Marchionne colui che ha creato qualcosa quasi dal nulla, a seconda del punto di vista mitizzandolo come uomo della Provvidenza o demonizzandolo come parente stretto di Belzebù; e chi lo ha ridimensionato ad assistente di un parto giunto ormai al termine del suo processo di gestazione.

La cosa non mi appassionerebbe, se l'enfasi posta su Marchionne, meritata o meno, non finisse per far sottovalutare l'obsolescenza ormai irreversibile del nostro glorioso sistema di relazioni industriali, così come cresciuto sullo zoccolo duro dello Statuto pre-referendario; obsolescenza destinata a manifestarsi proprio nell'area di maggior sofferenza, quella della grande impresa, ormai internazionalizzata per necessità e non per virtù, costretta ad innovare nel processo e nel prodotto ed a scommettere su un crescente tasso di produttività, con un'ovvia ricaduta sull'organizzazione del lavoro, più flessibile e più programmabile al tempo stesso.

Se così è ogni ritorno allo *status quo ante* è e rimane un sogno, piacevole, forse redditizio per qualcuno, ma estremamente pericoloso. Col senso di poi, è facile dire che per la stessa Cgil la previsione di una contrattazione aziendale in deroga controllata dalla nazionale era una soluzione praticabile; e che per la stessa Fiom la prospettazione di un contratto nazionale auto era un'opzione consigliabile. Ma, come spesso succede, quel che si percepisce e si persegue come ottimo, è nemico di quel che si potrebbe ottenere come buono; e, diversamente da quanto previsto dall'orario ferroviario, perso un treno, può ben non essercene un altro che ci porti dove avremmo voluto andare.

Ora si parla della riscrittura delle regole della rappresentanza, considerandola come la questione delle questioni, da risolvere a tamburo battente, dall'oggi al domani, per accordo fra le parti sociali o per legge. Ma affermare che una questione considerata da sempre urgente, sia ancora più urgente non significa accelerarne la soluzione, specie in una congiuntura che trova il movimento confederale spaccato come non mai ed il Governo del tutto restio ad intervenire.

Intanto non è vero che non ci sia stata una soluzione, perché questa era scritta e consacrata nel Protocollo del '93; è, vero, invece, che è stata realizzata solo parzialmente e che, comunque, è entrata in crisi proprio laddove sembrava più radicata. La sua precondizione era la stessa di tutta la ricostruzione post-sessantottesca del nostro sistema di relazioni sindacali, se non l'unità organica, almeno l'unità di azione; ma oggi come oggi non è possibile pensare di intervenire, continuando a dar per scontata una precondizione venuta da tempo meno.

Credo non si possa ripartire senza dar per scontata la permanenza di un pluralismo sindacale destinato ad alternare periodi cooperativi e conflittuali, non per una mera competizione tattica, ma per una sostanziale diversità strategica, particolarmente sensibile alla stessa alternanza alla guida del Paese. Ora, essendo persona di fantasia limitata, non riesco a vedere come questo pluralismo possa essere salvaguardato se non con il varo di un meccanismo più o meno simile a quello di cui all'art. 39, comma 2 e ss. Cost., idoneo ad individuare come agente contrattuale non un unico sindacato ma un organo rappresentativo, percorso, peraltro, reso difficile tecnicamente e politicamente; oppure, come già detto sopra, privilegiando lo strumento referendario. Quello che, però, la vicenda Fiat si lascia alle spalle come lezione da non ignorare è che, una volta legittimamente varato un contratto, non è permesso ad un sindacato non firmatario usufruire del patrimonio promozionale, legislativo e contrattuale; per condurre una guerriglia contro dall'interno. Il che riguarda solo ed esclusivamente il suo comportamento, senza che di per sé ne debba seguire alcuna limitazione di un diritto di sciopero ricostruito come a titolarità individuale e ad esercizio collettivo.

Dovendo dare un consiglio non richiesto e del tutto ininfluente, mi sentirei di suggerire di prendersi, tutti e nessuno escluso, un certo *tempus deliberandi*, tanto più che Pomigliano e Mirafiori conosceranno lunghi periodi di Cig; e che è estremamente importante vedere se gli impegni assunti da Marchionne saranno mantenuti nei tempi previsti. Ma la sconfitta è cattiva consigliera e già si preannuncia, ben al di là del rito scontato dello sciopero del 28 gennaio prossimo venturo, una controffensiva giudiziaria a tutto campo da parte della Fiom.

La cronaca si fa storia. La cronaca di ieri, perché quella di domani continuerà ad alimentare i massmedia e, perché no, a far correre la nostra penna infaticabile, a maggior gloria di una scienza giuridica ormai condannata ad oscillare fra la ricostruzione fattuale, la esegetica legislativa, la analisi casistica della giurisprudenza.

Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*

Maria Teresa Carinci

1. La <i>ratio</i> dell'art. 30, l. 183/2010: certezza del diritto fra interpretazione e derogabilità <i>in pejus</i> delle norme giuslavoristiche.	24
2. Art. 30, comma 1: limiti del sindacato del giudice e clausole generali.	25
2.a. L'ambito di applicazione: clausole generali in senso tecnico o norme a contenuto ampio e generico?	25
2.b. Il giustificato motivo oggettivo non è clausola generale.	27
2.c. Il modello di giudizio del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il cd. obbligo di <i>repêchage</i> è elemento del controllo di legittimità e cioè di conformità della causa concreta del singolo atto di esercizio del potere alla causa astratta protetta dall'ordinamento.	28
2.d. L'esclusione del controllo di merito.	29
3. L'art. 30, comma 3, primo periodo: gli specifici parametri del sindacato giudiziale in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento e la questione della derogabilità (assistita) delle previsioni di legge.	30
3.a. Sono derogabili <i>in pejus</i> da parte del contratto individuale certificato le norme in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento?	31
3.b. I contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati come parametro di giudizio per il giudice. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono clausole generali in senso tecnico.	32
4. L'art. 30, comma 3, secondo periodo: i criteri di commisurazione del "risarcimento del danno" nell'area della tutela obbligatoria.	34
5. Limiti al sindacato del giudice e certificazione.	35

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 114/2011

1. La *ratio* dell'art. 30, l. 183/2010: certezza del diritto fra interpretazione e derogabilità *in pejus* delle norme giuslavoristiche.

L'art. 30, l. 183/2010¹, ad uno sguardo d'insieme, introduce o meglio cerca di introdurre alcuni (in ipotesi) più incisivi limiti al sindacato del giudice in tema di contratti di lavoro², con l'obbiettivo - come dichiarato da chi ha partecipato alla sua elaborazione³ - di aumentare la certezza del diritto al fine, da una parte di ridurre il contenzioso, e dall'altra, in una con l'accresciuta prevedibilità degli esiti dei giudizi, di rendere calcolabili per il datore di lavoro i costi della gestione dei rapporti di lavoro.

Si muove, infatti, dall'assunto che l'eccessivo numero dei processi in materia di lavoro e la loro durata non dipenda se non in modo marginale dalle norme procedurali – il processo del lavoro è ampiamente ispirato a regole di celerità e oralità -, ma piuttosto dalle norme sostanziali: “sono le regole del diritto sostanziale, incentrate sull'asse ‘norma inderogabile-giudice’, e la cultura giuridica conflittuale e antagonista che le pervade a essere tali da incentivare il contenzioso tra le parti del rapporto di lavoro”⁴.

Ma se così è - se il vero problema è costituito dalle norme sostanziali - non sarebbe stato più lineare ed efficace intervenire su queste ultime precisandone i contorni?

Le parole dell'Autore appena richiamato disvelano peraltro che, al di là dei problemi esplicitati, c'è un'altra questione fra le righe, che riguarda non l'interpretazione e applicazione delle norme, ma il rapporto fra norma di legge e disciplina posta dal contratto individuale: la questione del superamento del principio di inderogabilità *in pejus* delle norme giuslavoristiche a favore di un più ampio margine d'intervento del contratto individuale. Corre fra le righe, cioè, l'idea che molte questioni che affollano le aule giudiziarie potrebbero essere superate se si desse facoltà alle parti nel contratto individuale di individuare la disciplina applicabile al singolo rapporto anche in deroga alle previsioni di legge.

Due sono, dunque, le questioni di fondo che pone l'art. 30, l. 183/2010: se ed in che termini i limiti introdotti ai poteri giudiziali possano riverberarsi sul significato delle norme sostanziali che disciplinano i contratti di lavoro - prime fra tutte quelle in tema di poteri e libertà del datore di lavoro - così circoscrivendone eventualmente i contenuti; e se ed in che termini siano possibili deroghe *in pejus* alle norme di legge - prime fra tutte quelle in tema di licenziamento.

¹ Fra i primi commenti alla norma si v. P. ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel d.d.l. governativo n. 1167 in discussione al Senato. Note critiche e proposte emendative*, in www.cgil.it/giuridico/le-riforme-della-giustizia-del-l.htm; G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DLM*, 2009, I, p. 37 ss.; M.V. BALLESTERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *LD*, 1/2009, p. 3 ss.; L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 11/2010; M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma del Collegato*, in *Guida al Lavoro*, 2010, p. 8 ss.; G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2010, I, p. 219 ss.; S. CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *LG*, 4/2010, p. 329 ss.

² L'art. 30, l. 183/2010 non presenta tratti di assoluta novità, ma trova antecedenti nel D.Lgs. 276/2003; qui infatti si rivengono due disposizioni – una in tema di contratto di somministrazione a termine (art. 27, comma 3) e l'altra di lavoro a progetto (art. 69, comma 3) – volte a circoscrivere i poteri di controllo del giudice. L'art. 30, tuttavia, a differenza delle norme appena richiamate, vuole incidere a tutto raggio sui poteri giudiziali e presenta un impianto più complesso, come si avrà modo di segnalare nel corso della trattazione.

³ M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, cit., p. 9. Sottolinea lo stesso obiettivo anche A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *MGL*, 2010, n. 4, p. 211.

⁴ M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, cit., p. 9.

Posti così gli interrogativi di fondo la trattazione che segue si articolerà, sulla falsariga del dettato dell'art. 30, l. 183/2010, nei seguenti punti: a) in primo luogo ci si interrogherà sui limiti posti in generale al sindacato del giudice – tanto in tema di lavoro privato, quanto di lavoro “privatizzato” alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – quando norme che disciplinano qualunque aspetto del rapporto di lavoro contengano clausole generali (art. 30, comma 1); b) si discuterà, poi, degli specifici parametri del sindacato giudiziale in sede di controllo di quelle che potrebbero essere considerate specifiche ipotesi di clausole generali - la giusta causa e il giustificato motivo di licenziamento (art. 30, comma 3, primo periodo) - per capire se ed in che termini vengano incise le nozioni legali e se il contratto individuale possa ad esse derogare; c) si indagherà, poi, sui criteri che il giudice deve tenere presenti nel fissare l'indennità dovuta in caso di licenziamento nell'area della tutela obbligatoria e se tali criteri integrino o sostituiscano quelli già previsti dall'art. 8, l. 604/1966 (art. 30, comma 3, secondo periodo); d) infine si dedicherà qualche osservazione ai limiti del controllo giudiziale sul contratto certificato – si tratti di certificazione inherente alla qualificazione del contratto o di singole clausole in esso contenute – ai sensi del titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 (art. 30, comma 2).

2. Art. 30, comma 1: limiti del sindacato del giudice e clausole generali.

L'art. 30, comma 1, l. 183/2010 prevede con riferimento alla generalità dei rapporti sia alle dipendenze di datori di lavoro privati che pubblici in cui sia dedotta un'attività di lavoro – si tratti di rapporti di lavoro subordinato, parasubordinato o a progetto⁵ - che *“in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge (...) contengano clausole generali ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al destinatario”*.

Per capire appieno la portata della norma due sono gli snodi problematici: a) cosa debba intendersi per “clausole generali”, così da fissarne l'ambito di applicazione; b) cosa debba intendersi per “sindacato di merito”, in modo da individuare le eventuali restrizioni al sindacato del giudice.

2.a. L'ambito di applicazione: clausole generali in senso tecnico o norme a contenuto ampio e generico?

Prima di tutto è necessario chiarire cosa debba intendersi per clausole generali.

È da premettere che le clausole generali non sono norme, ma sono espressioni, sintagmi, frammenti⁶ in grado di caratterizzare le norme che le contengono e quindi di denotarne in modo particolare la struttura, così da renderle vere e proprie “valvole di apertura del sistema” verso la realtà sociale.

⁵ L'art. 30, comma 1, prevede la propria applicazione “nelle materie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile e dell'art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”.

Si ricorda che il lavoro a progetto è una particolare ipotesi di lavoro coordinato e continuativo di cui all'art. 409 c.p.c. di cui presenta tutti i caratteri con l'aggiunta appunto del progetto (v. art. 61, comma 1, D.Lgs. 276/2003).

⁶ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 26 s.

Infatti, secondo l'opinione più diffusa ed accreditata fra gli studiosi del diritto civile, che più di altri hanno indagato la materia, la caratteristica strutturale della clausola generale – e così anche della norma che la contiene – è quella di essere incompleta e di demandare all'interprete il proprio completamento tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta. Scrive Luigi Mengoni: “Le clausole generali (...) impartiscono al giudice (...) una direttiva per la ricerca della norma di decisione; esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre norme”⁷. Le clausole generali sono “norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale”⁸.

Per queste caratteristiche che le contraddistinguono le clausole generali sono da tenere distinte tanto dalle norme generali che dall'equità.

Le clausole generali non sono norme o precetti generali. A differenza delle prime che – come detto – sono denotate da una fattispecie incompleta che è demandato al giudice completare tramite *standard* sociali, “la norma generale è una norma completa costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva”. Certo anche la norma generale lascia al giudice “un certo margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme”⁹.

Le clausole generali si differenziano poi dall'equità. Se è vero, infatti, che entrambe costituiscono “valvole di sicurezza del sistema” e quindi condividono la medesima funzione di apertura dell'ordinamento a regole extragiuridiche, nell'equità la regola è creata dal giudice specificamente per il caso concreto, mentre nelle clausole generali il giudice la desume dal contesto sociale di riferimento per regolare *anche* il caso specifico¹⁰.

Le clausole generali, dunque, sono norme strutturalmente incomplete che, per una precisa scelta del legislatore, demandano al giudice una attività integrativa sulla scorta di *standard* sociali di condotta. Ma se così è, se – come icasticamente è stato scritto¹¹ – l'incompletezza della clausola generale è “intenzionale” - risponde cioè a precise scelte, a precisi obiettivi di politica legislativa - come si può poi dolersene, lamentando le oscillazioni giudiziali e la scarsa certezza del diritto?

⁷ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 10 s.

⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 13.

⁹ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰ Cfr. V. VARANO, voce *Equità, I) Teoria generale*, in *EGT*, vol. XII, 1989, p. 9: “equità e clausole generali adempiono ad una funzione diversa, giacché la prima si muove sul piano della concretezza delle circostanze, mentre le clausole generali ‘implicano comunque il riferimento a parametri oggettivi, anche se variabili: cioè parametri che il giudice certamente contribuisce ad elaborare, ma non in funzione esclusiva della singola fattispecie’”.

¹¹ In questo senso S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987, p. 728.

Intervenire sull'applicazione giudiziale delle clausole generali – come pare fare la norma in commento – vuol dire modificare in profondità la portata delle regole in esse contenute.

A ben vedere, comunque, questo non è l'esito dell'art. 30, l. 183/2010. Quest'ultima norma, infatti, non fa riferimento a clausole generali in senso tecnico; al contrario il termine "clausola generale" è qui utilizzato in modo ampio, come sinonimo di norma vaga, per indicare, cioè, tutte le disposizioni caratterizzate da elevata "generalità"¹² o meglio genericità.

Che le cose stiano così si ricava sia dalle esemplificazioni contenute nella norma stessa, che dalla individuazione del profilo in ordine al quale il sindacato del giudice dovrebbe essere limitato. L'art. 30, comma 1, prevede infatti che fra le norme che contengono le cd. "clausole generali" vadano ricomprese quelle "in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso" nel qual caso il controllo del giudice "non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente".

Prima di tutto è da osservare che l'art. 30 chiama in causa molte disposizioni che – per come interpretate nel diritto vivente – sicuramente non costituiscono clausole generali in senso proprio, in quanto non richiedono un'integrazione in virtù di regole sociali, ma una mera interpretazione del dettato normativo: si pensi al concetto di progetto di cui all'art. 61 D.Lgs. 276/2003 o alla nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.

Ma quel che è da mettere in particolare evidenza è che neppure il giustificato motivo oggettivo – cioè le "ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive)" cui la norma fa espresso riferimento per circoscrivere il sindacato del giudice¹³ – costituisce, per come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, clausola generale in senso tecnico.

2.b. Il giustificato motivo oggettivo non è clausola generale.

Si è detto che il giustificato motivo oggettivo non costituisce clausola generale in senso proprio. L'affermazione risulta evidente sol che si abbia riguardo agli orientamenti giurisprudenziali. Nell'interpretazione unanime fornita dalla giurisprudenza, infatti, il concetto di giustificato motivo oggettivo è tutto interno all'ordinamento e mai i giudici si spingono a verificare se l'atto posto in essere dal datore di lavoro risponda a *standard* di comportamento generalmente accettati dalla coscienza sociale.

Così, per esempio, i giudici non indagano se nel sentire sociale sia accettabile un licenziamento a seconda che venga disposto per contenere perdite o per incrementare i profitti, non verificano se il licenziamento tecnologico risponda a parametri sociali condivisi o se il trasferimento del lavoratore a grande o piccola distanza dalla sua abitazione contrasti con la coscienza diffusa¹⁴.

¹² Per questa precisazione infatti v. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Il giustificato motivo oggettivo è ormai ampiamente utilizzato dal legislatore come limite a libertà e poteri datoriali: in tema di limiti alla libertà di stipulare il contratto di lavoro a termine, art. 1, D.Lgs. 368/2001; in tema di limiti alla libertà di stipulare il contratto di somministrazione a termine, art. 20, comma 4, D.Lgs. 276/2003, in tema di limiti al potere di trasferimento, art. 2103, ultimo comma, c.c.; in tema di limiti al potere di licenziamento, art. 3, l. 604/1966.

¹⁴ Per un'analisi della giurisprudenza mi sia permesso rinviare a M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, Cedam, Padova, 2004.

Il modello di giudizio che emerge dalle sentenze muove dall'interpretazione delle norme che pongono la regola del giustificato motivo e mai si avvale di parametri, di *standard* tratti dal contesto sociale.

È allora gioco-forza concludere che il giustificato motivo oggettivo, per come interpretato nel diritto vivente, non è una clausola generale in senso tecnico.

Detto questo, però, non ogni problema è risolto.

Se si accoglie l'idea che l'art. 30, comma 1, l. 183/2010 si riferisce alle clausole generali in senso improprio, come sinonimo di norma vaga, rimane comunque da verificare se l'esclusione esplicita di ogni sindacato di merito con riferimento ad ogni regola che limiti le prerogative datoriali possa comunque avere riflessi sulla nozione di giustificato motivo generalmente accolta dalla giurisprudenza.

2.c. Il modello di giudizio del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il cd. obbligo di *repêchage* è elemento del controllo di legittimità e cioè di conformità della causa concreta del singolo atto di esercizio del potere alla causa astratta protetta dall'ordinamento.

Se si esamina la giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo - e prima di tutto quella in tema di giustificato motivo di licenziamento (art. 3, l. 604/1966), che ne è la più cospicua, - emerge un modello di giudizio consolidato che si articola attraverso diversi passaggi.

Nella totalità dei casi, infatti, i giudici verificano che: a) il datore di lavoro abbia disposto una modifica della propria organizzazione e che tale modifica sia effettiva, non semplicemente dichiarata; b) esista un nesso causale positivo fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore, nel senso che deve risultare che il provvedimento datoriale colpisce quel lavoratore e non altri perché la riorganizzazione rende inutili proprio le sue mansioni; c) sia assolto il cd. obbligo di *repêchage*, nel senso che si dimostri che il lavoratore non può essere utilmente impiegato in altra posizione aziendale rimasta scoperta e in ordine alla quale è richiesta la stessa o analoga professionalità.

Solo in presenza di tutti questi elementi si ritiene integrato il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Tuttavia ricercare se la scelta del datore sia effettiva, se esista il nesso causale, se sia rispettato il cd. obbligo di *repêchage* altro non vuol dire - a ben vedere - che effettuare un controllo sulla conformità della causa del singolo, concreto, atto di esercizio di licenziamento alla causa in astratto protetta dall'ordinamento.

Se, infatti, si conviene che la causa degli atti di esercizio dei poteri e delle libertà del datore è quella di strutturare liberamente un'organizzazione diretta a fini produttivi (art. 41 Cost.) o a fini solidaristici o ideali (artt. 2, 18, 19, 39, 49 Cost.) il giustificato motivo oggettivo – attraverso i passaggi appena descritti – si sostanzia nel valutare se l'interesse tipico, astrattamente tutelato dall'ordinamento, a prefigurare e a rimodulare un'organizzazione sia quello perseguito dal datore nel caso concreto.

Insomma, i diversi passaggi del controllo giudiziale appena descritto altro non sono che la verifica della sussistenza di quella causa nel caso concreto: a) il primo passaggio - inteso a valutare l'esistenza di una decisione organizzativa, quale che sia purché effettiva -, vuole appurare se nel caso concreto emerge un interesse tecnico-organizzativo di quel datore di lavoro; b) il secondo pas-

saggio - dedicato ad indagare l'esistenza di un collegamento fra decisione organizzativa e posizione di quel singolo lavoratore - vuole controllare se quell'interesse organizzativo è poi perseguito in concreto dal datore proprio con quello specifico atto di esercizio delle sue prerogative; c) il terzo passaggio – cioè il controllo sul rispetto del cd. "obbligo di repêchage" – altro non è che un'ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore.

Insomma tramite il cd. obbligo di *repêchage* il giudice valuta se in ipotesi non esista un collegamento fra posizione del lavoratore ed un interesse del datore di lavoro *diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento*. Ecco perché si è parlato al riguardo di nesso causale in senso negativo.

Per escludere il rilievo di interessi *diversi* è di grande significato accettare se nell'ambito della compagine aziendale la professionalità del lavoratore sia ancora utilizzabile perché sono presenti o disponibili posizioni che richiedono l'esplicazione di identiche o analoghe mansioni.

Se una simile situazione si profila è evidente che l'interesse organizzativo del datore può comunque trovare piena esplicazione senza riflessi negativi sulla posizione del lavoratore; se invece nonostante l'alternativa possibile il datore si risolve comunque a licenziare, non si può che concludere che l'interesse sotteso all'atto datoriale non è quello tecnico-organizzativo dichiarato, *ma un altro*.

Se così è - se cioè il cd. obbligo di *repêchage* è un passaggio ineliminabile del controllo sulla sussistenza della causa del concreto atto di esercizio delle prerogative datoriali - non vi possono essere dubbi sul fatto che anch'esso integri a pieno titolo quel controllo di legittimità pacificamente ammesso in generale in tema di giustificato motivo oggettivo e ribadito dall'art. 30, comma 1, l. 183/2010.

Non integrando controllo di merito, il cd. obbligo di *repêchage* non è dunque inciso in alcun modo dalla norma che si sta commentando¹⁵.

2.d. L'esclusione del controllo di merito.

L'unico limite al controllo giudiziale esplicitamente posto dall'art. 30, comma 1, l. 183/2010 riguarda *"in conformità ai principi generali dell'ordinamento (...) il sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente"*.

¹⁵ Per alcune preoccupazioni sul riflesso della norma in commento sul cd. obbligo di *repêchage* cfr. M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, cit., p. 6.

Ed infatti su questa falsariga si colloca P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Cicc MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 457 secondo il quale: "La distinzione tra 'scelta sottostante', di cui si pretende l'insidacabilità e scelta (sindacabile) di licenziare un determinato lavoratore è, del resto, sostanzialmente contraddetta dagli orientamenti giurisprudenziali di cui si è detto sopra, concernenti l'obbligo di *repêchage*, o l'applicazione di un criterio ragionevole nella scelta del lavoratore da licenziare: quando il giudice valuta la possibilità (*rectius*: la non eccessiva onerosità) dello spostamento di un lavoratore da una postazione all'altra in seno all'azienda, o la fungibilità di un lavoratore con un altro, egli interviene proprio sull'organizzazione aziendale, sulle modalità dell'attività produttiva, discriminando esigenze di cui occorre tener conto da esigenze che devono essere considerate non rilevanti".

La norma – che ricalca i contenuti di due disposizioni del D.Lgs. 276/2003 in tema di lavoro a progetto (art. 69, comma 3¹⁶) e di contratto di somministrazione (art. 27, comma 3¹⁷) – non introduce sostanziali novità rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato.

È infatti molto comune che i giudici, nel controllare la sussistenza di giustificato motivo oggettivo (di licenziamento), affermino l'insindacabilità nel merito delle decisioni del datore di lavoro e cioè la totale irrilevanza della tipologia delle modifiche che il datore intende apportare alla sua organizzazione. Come dire che una volta accertato che l'atto persegue un fine tecnico-organizzativo – e che quindi è conforme alla causa in astratto protetta dall'ordinamento - è poi irrilevante accertarne le modalità (utili o inutili; buone o cattive; giuste o sbagliate; opportune o inopportune).

Non di rado poi le sentenze precisano che una valutazione di tal genere non solo non è richiesta, ma addirittura è preclusa dall'art. 41 Cost.

A ben vedere, però, se è vero che il giustificato motivo oggettivo, per come interpretato nel diritto vivente, non richiede oggi alcuna valutazione di merito sulle scelte datoriali, nulla vieta in futuro al legislatore¹⁸ di introdurle anche per il tramite del rinvio a regole sociali di buona conduzione dell'impresa¹⁹. L'art. 41 Cost. legittima infatti stringenti limiti alla libertà di impresa purché non tali da eliderne il nucleo essenziale²⁰.

In conclusione la norma non fa che ribadire un orientamento giurisprudenziale consolidato.

3. L'art. 30, comma 3, primo periodo: gli specifici parametri del sindacato giudiziale in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento e la questione della derogabilità (assistita) delle previsioni di legge.

L'art. 30, comma 3, primo periodo, l. 183/2010 con specifico riferimento alle ragioni che legittimano il licenziamento dispone che “*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni*”.

A fronte di tale disposizione si tratta di capire se il legislatore abbia voluto semplicemente incidere sui poteri del giudice, vuoi ribadendo i termini dell'attuale sindacato giudiziale sulle nozioni di

¹⁶ Ai sensi dell'art. 69, comma 3, D.Lgs. 276/2003 “Ai fini del giudizio di cui al comma 2, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano al committente”.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 27, comma 3, D.Lgs. 276/2003 “Ai fini delle valutazioni delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della sussistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive, che spettano all'utilizzatore”.

¹⁸ È pacifco che l'art. 41 Cost. contiene una riserva di legge in merito all'individuazione dei limiti alla libertà di iniziativa economica, cfr. F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, p. 40 ss.

¹⁹ È quanto accade per es. in materia fallimentare cfr. art. 217 r.d. 267/1942.

²⁰ Cfr. per tutti G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, 1989, vol. XVII, p. 3. Sul punto cfr. la fondamentale C. Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, in *Giur.Cost.*, 1958, p. 979 s.

giusta causa e giustificato motivo accolti in giurisprudenza – così riconfermando quelle nozioni -, vuoi modificando i parametri di giudizio – così indirettamente ridisegnando i concetti di giusta causa e giustificato motivo – oppure abbia addirittura voluto incidere sul rapporto fra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, rendendo derogabili *in pejus* a danno del lavoratore le norme in tema di giustificazione del licenziamento, legittimando non solo il contratto collettivo ma anche il contratto individuale certificato a modificare in senso peggiorativo per il lavoratore i limiti al potere di recesso del datore di lavoro.

3.a. Sono derogabili *in pejus* da parte del contratto individuale certificato le norme in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento?

Partiamo da quest'ultima opzione interpretativa, sicuramente la più dirompente.

Secondo un'opinione, la norma sarebbe rivoluzionaria non solo perché legittimerebbe le parti del contratto individuale certificato ad introdurre ulteriori ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo – in deroga all'art. 7, comma 1, St.lav. che demanda solo al contratto collettivo affisso in luogo accessibile a tutti l'individuazione delle sanzioni disciplinari -, ma soprattutto perché tali previsioni potrebbero operare anche *in pejus* rispetto alle norme di legge. Secondo questa lettura “bisogna arrivare a ritenere che il principio di cui all'articolo 2113 c.c. (inderogabilità *in pejus*) non vale in tema di licenziamento, in quanto la norma speciale in commento prevale su quella generale”²¹.

L'interpretazione è senz'altro da respingere.

In primo luogo non pare che un esito così “rivoluzionario” quale la derogabilità *in pejus* delle norme in tema di licenziamento – uno snodo cruciale, destinato ad avere riflessi sull'intera disciplina del rapporto di lavoro – possa ricavarsi da una disposizione formulata in termini così blandi, da una norma che si limita a precisare che il giudice “tiene conto” delle clausole (fra l'altro) dei contratti individuali certificati. “Tenere conto” vuol dire considerare, ma non certo essere tenuti ad applicare, come accadrebbe invece se le clausole del contratto certificato sostituissero a pieno titolo la disciplina di legge²².

È da osservare, in secondo luogo, che in linea generale la certificazione dei contratti di lavoro di cui al Titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 per unanime interpretazione produce l'unico effetto di rendere stabili fino alla pronuncia di primo grado nei confronti dei terzi (enti previdenziali e assicurativi, ispettivi e fiscali) le determinazioni delle parti in ordine alla qualificazione del contratto ed alla disciplina del rapporto; è da escludere, invece, che in sede di certificazione possano essere validamente introdotte previsioni derogatorie *in pejus* rispetto a quelle di legge. Non è stata accolta, infatti, l'idea originaria di Marco Biagi secondo la quale il contratto individuale stipulato in una sede qualificata, ove la volontà individuale fosse risultata adeguatamente assistita, avrebbe potuto prevedere deroghe *in pejus* alla disciplina di legge.

²¹ Cfr. E. BARRACO, *Il collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, in LG, 4/2010, p. 346 s. Si v. anche A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, cit., p. 211 che afferma che “la nuova disposizione, dunque, non riduce la discrezionalità del giudice ed, anzi, la salvaguarda ulteriormente. (...) Ed anche le tipizzazioni contenute nei contratti individuali, certamente ammissibili anche in precedenza, quali indicazioni della particolare rilevanza di un determinato compito ai fini della gravità del relativo inadempimento, sono ora solo quelle previste nei contratti certificati”.

²² In questo senso v. L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale*, cit., p. 10. Si noti fra l'altro che la norma si riferisce (al plurale) ai contratti certificati e non al singolo contratto, così avallando l'idea che i contratti certificati debbano essere considerati complessivamente (v. *infra* par. 3.b).

Se così è – e nessuno ormai ne dubita – sarebbe del tutto incongruo che una tale possibilità fosse introdotta oggi e con una norma tanto ambigua, proprio con riferimento ad uno snodo nevralgico e delicatissimo del rapporto di lavoro, lasciando per il resto invariato l’istituto nelle sue linee fondamentali. L’art. 30, comma 2, l. 183/2010 che si occupa degli effetti della certificazione è infatti meramente confermativo di quanto già previsto dal titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 (ma v. *infra* par. 5).

In terzo luogo una simile interpretazione contrasta con i principi dell’ordinamento comunitario. È noto infatti che oggi la Carta di Nizza – ormai parte integrante del Trattato dell’Unione (v. art. 6, comma 1 TU) - prevede che “ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell’Unione europea e alle legislazioni e prassi nazionali” (art. 30). Il principio di giustificazione del recesso è dunque ormai principio sovrnazionale, che al legislatore nazionale non è dato superare - come sarebbe invece se i contratti individuali potessero disporre in senso peggiorativo - pena la violazione del diritto comunitario²³.

3.b. I contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati come parametro di giudizio per il giudice. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono clausole generali in senso tecnico.

Molto più convincente è l’altra opzione interpretativa che vuole, invece, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo (per quanto qui interessa, soggettivo²⁴) siano inderogabilmente individuate dalla legge. Non viene dunque alterato il consueto rapporto fra le fonti, che non viene inciso dall’art. 30, comma 3, primo periodo, l. 183/2010.

In quest’ottica si deve, dunque, ammettere che il contratto individuale, certificato o no, possa limitare la facoltà di recesso del datore di lavoro a favore del lavoratore²⁵ escludendo dalle nozioni di giusta causa e giustificato motivo (soggettivo²⁶) alcune ipotesi ed estendendo così l’area del licenziamento illegittimo e della relativa tutela (obbligatoria o reale).

Diverso discorso, invece, deve essere condotto con riferimento al contratto collettivo.

Si deve, infatti, osservare che mentre la dottrina è per lo più orientata nel ritenere che giusta causa e giustificato motivo soggettivo non costituiscano clausole generali in senso proprio²⁷, sulla

²³ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell’arbitrato*, cit., p. 149. Ma v. già M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 217 s.

²⁴ Infatti solo con riferimento a queste previsioni è possibile parlare di clausole generali in senso tecnico e quindi dotare di significato l’art. 30, comma 3, l. 183/2010. Il giustificato motivo oggettivo non costituisce infatti una clausola generale.

²⁵ In relazione ad una questione analoga (cioè l’esclusione del trasferimento per giustificato motivo oggettivo) v. Cass. 25 luglio 2006, n. 16907, in *MGL*, 2007, p. 277.

²⁶ Analogo discorso peraltro a questo riguardo potrebbe essere fatto con riferimento al giustificato motivo oggettivo.

²⁷ In questo senso v. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 9; M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, I, Jovene, Napoli, 1991, p. 104 ss.; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 41 ss.

scorta della considerazione che le relative norme rimandano al concetto tecnico di inadempimento contrattuale, tutto interno all'ordinamento giuridico²⁸, la giurisprudenza – pur con alcuni ondeggiamimenti – è di opinione opposta²⁹. Il che del resto trova ragione nel fatto che per l'orientamento giurisprudenziale dominante la giusta causa non si risolve nel mero inadempimento contrattuale, ma si espande ad ulteriori comportamenti pur esterni al rapporto, ma idonei a ledere la fiducia del datore di lavoro³⁰.

In quest'ottica per i giudici i contratti collettivi costituiscono ineliminabile punto di riferimento per completare/integrare la nozione di giusta causa e di giustificato motivo³¹, anche se ovviamente possono essere "disattesi"³² (ed il giudice è chiamato a motivare sul punto³³) laddove prevedano una sanzione eccessiva rispetto allo *standard* invalso nel settore considerato o, all'apposto, non ne prevedano alcuna. Per giurisprudenza costante, infatti, possono non costituire giusta causa o giustificato motivo soggettivo comportamenti che, pur contemplati dal contratto collettivo fra le ipotesi di recesso, tuttavia debbano essere valutati diversamente – e più blandamente – in virtù delle regole di comportamento del contesto sociale in cui si esplicano oppure possono costituire giusta causa di licenziamento comportamenti, non contemplati dai contratti collettivi³⁴, che la coscienza sociale considera lesivi del vivere civile³⁵.

Se le cose stanno così ne risulta con tutta evidenza che il contratto collettivo chiamato ad integrare la clausola elastica non può al contempo derogare alla norma di legge che concorre a definire. Ecco perché non si pone un problema di deroga *in pejus* da parte del contratto collettivo delle norme in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

²⁸ M. V. BALLESTRERO *Perturbazione in arrivo*, cit., p. 7 ss. ma v. già Id., *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, cit., p. 104 ss.

²⁹ Cfr. per es. Cass. 12 agosto 2009, n. 18247, in *ADL*, 2/2010, II, p. 531 ss.; Cass. 19 marzo 2008, n. 7388, in *De Jure on line*; Cass. 15 aprile 2005, n. 7838, in *MGL*, 2005, p. 839 ss.; Cass. 29 aprile 2004, n. 8254 in *Fl on line*; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17208 in *LG*, 2003, p. 344; Cass. 22 agosto 2002, n. 12414 in *GI*, 2003, p. 646; Cass. 26 luglio 2002, n. 11109 in *Fl on line*; Cass., 21 novembre 2000, n. 15004; Cass. 8 maggio 2000, n. 5822, Cass. 22 aprile 2000, n. 5299, tutte in *Fl*, 2005, I, c. 1846 ss.; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, in *Fl*, 1999, I, c. 3558 ss. Per l'orientamento contrario si v. Cass. 15 novembre 2001, n. 14229, in *De Jure on line*; Cass. 19 giugno 2000, n. 8313, in *RIDL*, 2001, II, p. 112.

³⁰ Cfr. M.L.VALLAURI, *Espressioni ingiuriose, abitudini lessicali e giusta causa di licenziamento. Alcune osservazioni sulla natura della giusta causa e del giustificato motivo*, in *RIDL*, 2001, II, p. 115.

³¹ La giurisprudenza li considera, infatti, "elemento di valutazione" di cui il giudice deve tener conto.

³² È frequente l'affermazione che le previsioni del contratto collettivo non vincolano il giudice avendo valenza esemplificativa e non tassativa, cfr. per es. Cass., 18 novembre 2009, n. 24329, in *DPL*, 2010, p. 728; Cass. 10 agosto 2006, n. 18144, in *RIDL*, 2007, II, p. 463; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260 in *LG*, 2005, p. 845; Cass. 21 maggio 1998, n. 5103, in *Fl on line*.

³³ Cfr. Cass. 18 novembre 2009, n. 24329, cit. Della stessa opinione L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 11.

³⁴ Per orientamento costante, però, nel caso in cui il comportamento del lavoratore sia *puntualmente e specificatamente* previsto come ipotesi disciplinare nel codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo e fatto oggetto di una sanzione conservativa, tale previsione assume valore vincolante per il giudice che da essa non può discostarsi. Cfr. in tal senso per es. Cass. 20 marzo 2008, n. 7600, in *Riv. infortuni*, 2008, II, p. 1; Cass. 20 marzo 2007, n. 6621, in *MGL*, 2007, p. 631; Cass., 29 settembre 2005, n. 19053, in *OGI*, 2005, I, p. 918; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260, in *LG*, 2005, p. 845; Cass. 21 maggio 1998, n. 5103, in *Fl on line*; Cass. 29 aprile 1998, n. 4395, in *Fl on line*. In questa ipotesi in effetti il codice disciplinare integra il disposto di legge e diviene così vincolante per le parti del rapporto di lavoro in virtù del rinvio operato dall'art. 7 St.lav.

³⁵ Cfr. per es. Cass., 18 novembre 2009, n. 24329, cit.; Cass., 14 febbraio 2005, n. 2906, in *LG*, 2005, p. 1143; Cass. 16 marzo 2004, n. 5372, in *Fl on line*; Cass. 9 aprile 1993, n. 4307, in *MGL*, 1993, p. 426, relativa ad un interessante caso concernente l'abbigliamento del lavoratore.

Sul punto L. CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *GC*, 2000, II, specie p. 331.

L'art. 30, comma 3, primo periodo, sembra proprio collocarsi in quest'ottica. La norma, infatti specifica che i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati³⁶, considerati nel loro insieme, costituiscono parametri di giudizio di cui il giudice deve appunto "tener conto" nel fissare i contenuti delle norme di legge in tema di giusta causa e di giustificato motivo.

Insomma si tratta di una norma che non limita i poteri del giudice e non modifica le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo invalse nel diritto vivente, ma conferma ancora una volta l'orientamento giurisprudenziale dominante che legge le nozioni legali come clausole generali ed utilizza i contratti collettivi come *standard sociali* di riferimento.

4. L'art. 30, comma 3, secondo periodo: i criteri di commisurazione del "risarcimento del danno" nell'area della tutela obbligatoria.

Di minore portata sistematica è l'art. 30, comma 3, secondo periodo. Non si tratta, infatti, di una norma volta a limitare in generale il sindacato giudiziale in ordine alle prerogative del datore di lavoro. Il disposto individua, invece, alcuni parametri di cui il giudice deve tener conto in sede di calcolo del risarcimento del danno esclusivamente nell'area della tutela obbligatoria (art. 8, l. 604/1966). Rimane invariata, invece, la tutela reale (art. 18 St.lav.).

Sembra preferibile ritenere che la norma in commento, per come formulata, integri³⁷ il disposto dell'art. 8, l. 604/1966. Ne consegue che il risarcimento – che rimane fissato fra il minimo di 2,5 e il massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ed il cui importo massimo è ulteriormente elevato in caso di consistente anzianità del lavoratore³⁸ – può essere modulato sulla scorta anche dei nuovi criteri³⁹.

Così inteso, insomma, l'art. 30, comma 3, secondo periodo, si limita ad aggiungere ai parametri già individuati dalla l. 604/1966 per la modulazione del risarcimento nel suo importo base e maggiorato in virtù dell'anzianità del lavoratore ulteriori criteri.

Alcuni sono direttamente individuati dalla legge, cioè "la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento della parti anche prima del licenziamento". Si tratta, dunque, nel complesso di criteri sociali, che pongono in primo piano le difficoltà per il lavoratore di reperire una nuova occupazione e di sopportare economicamente la

³⁶ Si segnala qui, per completezza, che sembra assai difficile che le parti del contratto individuale – ed in particolare il datore di lavoro - abbiano interesse a certificare clausole in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, che peraltro potrebbero solo essere migliorative rispetto alle previsioni di legge (v. par. 3.a.).

³⁷ Di contrario avviso S. CENTOFANTI, *Le nuove norme*, cit., p. 337; G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, cit. p. 245 s.; M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 11.

³⁸ L'art. 8, secondo periodo, l. 604/1966 prevede infatti che "La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore con anzianità superiore ai 10 anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai 20 anni, se dipendenti dal datore di lavoro che occupino più di 15 lavoratori".

Ritengono invece che la norma in commento integri soltanto il disposto dell'art. 8, comma 1, l. 604/1966 G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, cit. p. 245 s. e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 11.

³⁹ Secondo altra opinione, invece, la norma in commento sarebbe destinata ad integrare solo il disposto dell'art. 8, primo periodo, l. 604/1966, con la conseguenza che nulla cambierebbe per il caso di elevata anzianità del lavoratore (ai sensi dell'art. 8, secondo periodo, l. 604/1966) caso per il quale l'unico criterio di modulazione era e rimane appunto l'anzianità del lavoratore. Così M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo*, cit., p. 10.

perdita del posto di lavoro. Fra essi il criterio più innovativo⁴⁰ è costituito dalla “situazione del mercato del lavoro locale”, che potrà dar luogo ad una maggiorazione del risarcimento in considerazione delle difficoltà per il lavoratore a trovare nuova occupazione nel contesto di riferimento.

Altri parametri, poi, possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e dai contratti individuali certificati. Si deve ritenere, comunque, che tali ulteriori criteri in base ai quali commisurare il risarcimento debbano essere in linea con la *ratio* della norma e dunque dare rilievo alle difficoltà economiche e di vita del lavoratore che ha perso il proprio posto di lavoro.

5. Limiti al sindacato del giudice e certificazione.

Per concludere – e corroborare così ulteriormente la tesi fin qui sostenuta secondo la quale l'art. 30, l. 183/2010 non ha circoscritto il sindacato del giudice sulle prerogative del datore di lavoro – qualche minimale osservazione deve essere dedicata ai limiti del controllo giudiziale sul contratto certificato ai sensi del titolo VIII del D.Lgs. 276/2003, si tratti di certificazione inerente alla qualificazione del contratto o di singole clausole in esso contenute.

Con riferimento alla certificazione l'art. 30, comma 2, l. 183/2010 prevede che *“nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione”*.

La norma non introduce alcuna novità in tema di effetti della certificazione né limiti ulteriori al sindacato del giudice⁴¹; al contrario, si limita a ribadire che l'atto di certificazione non è incontrovertibile e che la qualificazione è prerogativa del giudice e non può essergli sottratta.

Com'è noto la certificazione è un atto amministrativo tramite il quale la qualificazione del contratto⁴² è dotata di forza imperativa, imponendosi alle parti e ai terzi nella sfera giuridica il contratto è destinato a produrre effetti (enti previdenziali, fiscali, organi ispettivi).

⁴⁰ Gli altri criteri sono già previsti, almeno in parte, dall'art. 8, l. 604/1966, che fa riferimento “al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore, al comportamento e alle condizioni delle parti”.

⁴¹ L'unica novità contemplata dalla norma è l'estensione della certificazione a “tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro” (art. 75, comma 1, D.Lgs. 276/2003, come riformulato dall'art. 30, comma 4 della norma in commento). Ma per il contratto di appalto già l'art. 84 D.Lgs. 276/2003.

⁴² Si è discusso sul momento in cui può intervenire la certificazione, se solo in fase di conclusione del contratto o anche in un momento successivo, quando ne sia già iniziata l'esecuzione.

L'art. 31, comma 17, l. 183/2010 aggiunge ora un comma all'art. 76 D.Lgs. 276/2003 specificando che “Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita”.

Sembra così essere risolto il problema che aveva diviso la dottrina circa la possibilità di certificare un contratto non al momento della sua stipulazione bensì in un momento successivo. In verità, considerando che le commissioni di certificazione non sono dotate di

Tale atto, tuttavia, è dotato per legge di stabilità solo relativa, nel senso che la qualificazione operata in sede di certificazione è destinata ad essere superata⁴³ dalla pronuncia di merito (cfr. art. 79 D.Lgs. 276/2003) con la quale il giudice sussuma il contratto in una diversa fattispecie, vuoi per erronea qualificazione del contratto operata in sede di certificazione⁴⁴, vuoi per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione⁴⁵ (oppure dichiari invalido il contratto per vizi del consenso) (cfr. art. 80 D.Lgs. 276/2003).

La norma in commento si limita a riconfermare la stabilità solo relativa dell'atto di certificazione, ribadendo che l'ultima parola in tema di qualificazione spetta sempre e comunque al giudice. La qualificazione è, infatti, una competenza del giudice che non può essergli sottratta, pena la violazione degli artt. 24 e 102 Cost.

Per la verità l'art. 30, comma 2, l. 183/2010 contiene ora anche un riferimento all'interpretazione delle clausole contrattuali, disponendo che "nell'interpretazione delle (...) clausole il giudice *non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione*".

Anche per questo aspetto, tuttavia, la norma non è innovativa, ma si limita a ribadire quanto già previsto in generale in tema di interpretazione del contratto⁴⁶ dall'art. 1362 c.c. ai sensi del quale "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti"⁴⁷ (comma 1) e "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo" (comma 2).

Certo nel "comportamento complessivo" va incluso anche quello tenuto dalle parti in sede di certificazione. Diventa allora essenziale che le commissioni di certificazione predispongano verbali dettagliati da cui risulti una descrizione specifica del comportamento delle parti.

poteri istruttori né dispongono delle risorse per effettuare indagini o assumere prove in ordine al concreto svolgimento del rapporto di lavoro, non si capisce in che modo possano in concreto accertare come il contratto abbia avuto esecuzione.

⁴³ Gli effetti della pronuncia giudiziale che qualifica diversamente il negozio retroagiscono al momento della sua conclusione in caso di erronea qualificazione oppure al momento in cui ha avuto inizio la difformità nel caso di discrasia fra il programma contrattuale e ciò che è stato concretamente posto in essere dalle parti (art. 80, comma 2, D.Lgs. 276/2003).

⁴⁴ Hanno riqualificato il contratto – certificato come di lavoro a progetto – sulla scorta di una erronea qualificazione ad opera della commissione di certificazione Trib. Bergamo, 29 maggio 2010 e Trib. Bergamo 12 ottobre 2010, entrambe in http://www.cgil.bg.it/ufficio_vertenze/vertenze.htm.

⁴⁵ È questa l'ipotesi più ricorrente.

⁴⁶ Dello stesso avviso L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 8 s.

⁴⁷ Così V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato*, cit., p. 150.

Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*

Stefano Giubboni

1. Premessa	38
2. I riflessi delle previsioni contenute nell'art. 30 del Collegato lavoro in tema di contratto a termine	39
3. Il nuovo regime delle impugnazioni	43
4. Il nuovo regime sanzionatorio	47
5. Problemi di costituzionalità e di compatibilità col diritto dell'Unione europea	51
6. Conclusioni	55

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 115/2011

1. Premessa

La disciplina del contratto a tempo determinato è, da almeno un decennio, una sorta di cantiere aperto, il vero laboratorio di sperimentazione di ogni tentativo di innovazione regolativa in materia di lavoro cosiddetto flessibile o *non-standard*⁴⁸; ed anche la legge n. 183 del 2010 (nota ormai anche al largo pubblico come “Collegato lavoro”) finisce per confermarne lo scomodo ruolo di banco di prova delle effettive capacità di riforma e di modernizzazione asseritamente perseguitate dal legislatore. Filosofie diverse e per taluni aspetti contrapposte della flessibilità del mercato del lavoro (o, come si dice in omaggio al gergo ora in uso nell’Unione europea, della *flexicurity*) vi si sono confrontate in questi ultimi anni in un susseguirsi di interventi legislativi che, con l’intento di razionalizzare o modernizzare la disciplina in vigore, hanno tuttavia inevitabilmente concorso a determinare, accanto al disorientamento di chi opera nel mercato, un contenzioso ipertrofico⁴⁹, che neppure le ripetute pronunce del giudice delle leggi e della Corte comunitaria hanno saputo avviare ad una fase di effettivo assestamento o ridimensionamento⁵⁰. E l’impressione, cui è francamente difficile sottrarsi anche ad una prima considerazione della legge e del vivace dibattito subito suscitato in dottrina⁵¹, è che pure quest’ultimo intervento normativo, contenuto principalmente nelle controversie disposizioni dell’art. 32 della l. n. 183 del 2010, non faccia altro che inserirsi in questo *trend*, per alimentare, con ogni probabilità, e a dispetto dei propositi del legislatore⁵², nuovi filoni di contenzioso, con inevitabile “coinvolgimento” della Corte costituzionale⁵³ e della stessa Corte di giustizia dell’Unione europea⁵⁴.

⁴⁸ Cfr. per tutti M. De Luca, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, in *Dir. lav. Marche*, 2009, fasc. n. 3 - *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori* (Atti del convegno nazionale del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” – Sezione Marche, Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009), pp. 231 sgg.

⁴⁹ Assai eloquenti i dati forniti al riguardo da M. Mischione, *Quale arbitrato di equità in materia di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 1298 sgg.

⁵⁰ Un’eccellente rassegna della vastissima giurisprudenza – di merito, legittimità, costituzionale e comunitaria – sul contratto di lavoro a tempo determinato, sino alla riforma operata dalla legge n. 133 del 2008, è reperibile nel volume collettaneo a cura di G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008.

⁵¹ Basti qui il riferimento, tra i primi commenti alla legge specificamente dedicati al tema di questa relazione, a: P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel “collegato lavoro” alla legge finanziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 473; M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 874; G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. “Collegato lavoro”*, ivi, p. 888; B. Cossu, F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, ivi, p. 895; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, ivi, p. 900 (ma già prima Id., *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, sempre in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 210); A. Corvino, *L’impugnazione del contratto a termine*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Milano, 2010, p. 83; A. Zambelli, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, in *Collegato lavoro*, suppl. a *Guida al lavoro*, ottobre 2010, p. 39, nonché i contributi di G. Mimmo in *Lavoro - Riforma del contenzioso ed altre novità*, suppl. a *Guida al diritto*, novembre 2010.

⁵² Sui quali v. soprattutto A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e “tenuta giudiziaria”*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., pp. 4 sgg.

⁵³ V. infatti Tribunale di Trani, ordinanza 20 dicembre 2010, in *Guida al lavoro*, n. 2 del 2011, p. 14, con commento di G. Falasca, *Contratto a termine: le norme al vaglio della Corte Ue e della Consulta*, nonché, ora, Cass., sez. lav., ordinanza 28 gennaio 2011.

⁵⁴ Cfr. in particolare A. Di Florio, *L’applicazione del diritto sovranazionale nella giurisprudenza del lavoro. Il contratto a termine*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*. Atti del I Workshop in Diritto dell’Unione europea e internazionale - Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 marzo 2010, Roma, 2010, pp. 369 sgg., spec. p. 380.

A differenza dei precedenti interventi legislativi del 2007 e del 2008⁵⁵, entrambi centrati, quanto meno nello loro previsioni “a regime”, e sia pure con opposti orientamenti di *policy*, soprattutto sul versante della riconfigurazione delle “condizioni d’uso” del contratto a tempo determinato, le innovazioni introdotte dalla legge n. 183 del 2010 attengono essenzialmente al profilo dei rimedi e dei mezzi di tutela attivabili in sede di impugnazione del termine che si ritenga illegittimamente apposto.

Occorre tuttavia accuratamente rifuggire dall’impressione, che una prima e superficiale lettura della legge n. 183 del 2010 potrebbe invero suggerire, che l’intervento del Collegato lavoro in tema di contratti a tempo determinato si limiti ai pur preponderanti profili, racchiusi nella citata previsione dell’art. 32, concernenti il regime delle impugnazioni e della connesse decadenze nonché quello delle conseguenze in senso lato sanzionatorie ricollegate alle violazioni da cui scaturisce la “conversione” del contratto in rapporto a tempo indeterminato. L’intervento del legislatore sembra, infatti, voler andare più in profondità, e nuovamente lambire il terreno delle causali giustificative (ovvero delle “condizioni d’uso”) del contratto a tempo determinato, come subito rivela una lettura appena più attenta dell’art. 30 della legge e delle potenziali ricadute delle previsioni ivi contenute.

Lo sforzo profuso dal legislatore (anche) con tale ultima norma nel perseguire l’ “obiettivo del contenimento della libertà di accertamento del giudice”⁵⁶ – obiettivo centrale, e in certo modo caratterizzante, nell’ambito del disegno complessivo d’una legge peraltro assai eterogenea nei contenuti⁵⁷ – ha, infatti, sicuri riflessi pure in tema di contratto di lavoro a termine.

2. I riflessi delle previsioni contenute nell’art. 30 del Collegato lavoro in tema di contratto a termine

La discussa previsione dell’art. 30⁵⁸ non contiene, come noto, riferimenti diretti al contratto a termine. I due nuclei normativi in essa contenuti hanno infatti portata generale, riferendosi, da un lato, ai criteri che debbono presiedere alla interpretazione giudiziale delle “clausole generali” (comma 1) e, dall’altro, al potenziamento dell’ambito applicativo e degli effetti della certificazione, anche in relazione alle tipizzazioni contrattuali delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo (commi 2-5). Entrambi i profili paiono tuttavia implicare significative ricadute sull’interpretazione dei presupposti legittimanti l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato ai sensi dell’art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001.

⁵⁵ Le leggi nn. 247 del 2007 e 133 del 2008 (di conversione del d.l. n. 112 di quello stesso anno) non esauriscono, peraltro, lo spettro degli interventi normativi sul rapporto a termine nel periodo a cavallo tra le due ultime legislature. L’evoluzione della disciplina dei rapporti flessibili nel settore pubblico – come ben ricorda A. Preteroti, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, pp. 1089 sgg. – è ancora più complessa e aggrovigliata.

⁵⁶ M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 874.

⁵⁷ Per una critica a tale, probabilmente illusorio, obiettivo del legislatore del Collegato lavoro v., con toni fortemente polemici, S. Centofanti, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 329 sgg., nonché, in forma più sfumata, F. Amato, S. Giubboni, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di giustizia di Lussemburgo*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L’integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 329 sgg.

⁵⁸ “Centro pulsante della riforma”, assieme agli artt. 31 e 32, come ha scritto G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale delle controversie nel “Collegato lavoro”*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 313.

Il primo comma dell'art. 30 ribadisce – generalizzando il contenuto di previsioni peraltro già presenti nel d. lgs. n. 276 del 2003 – il principio generale costantemente affermato dalla giurisprudenza secondo cui, in tutti i casi in cui disposizioni di legge in materia di rapporti di lavoro (anche parasubordinato) contengano “clausole generali”⁵⁹, ivi comprese quelle in tema di instaurazione dei rapporti di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d’azienda e recesso, il controllo giudiziale deve limitarsi elusivamente all’accertamento “del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente”. La previsione esprime (e quasi dà sfogo a) una valenza ideologica⁶⁰ senza dubbio ampiamente eccedente l’effettivo significato normativo dell’enunciato: che è in effetti ridondante, quando non del tutto inutile⁶¹, nel ribadire un principio generale che lo stesso legislatore intende essere profondamente radicato nel diritto vivente. Essa non rimane, tuttavia, completamente priva di qualche possibile ricaduta operativa; e l’indicazione – vincolante per il giudice – che se ne può ricavare ai fini della interpretazione di quella tipica clausola generale “in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro”, che è appunto espressa dalla formula delle “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, di cui all’art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, sembra offrircene una conferma di particolare rilievo.

È noto che uno dei nodi più controversi, specie nella prima fase dell’interpretazione del d. lgs. n. 368 del 2001, nelle contrapposte letture di quella formula, si sia aggrumato intorno alla questione – mai completamente sciolta, almeno in dottrina – della natura necessariamente temporanea o meno dell’occasione di lavoro legittimante l’apposizione del termine al di fuori di esigenze propriamente sostitutive. Si è trattato – quantomeno nella prima fase interpretativa e applicativa del decreto – di questione di centrale pregnanza sistematica⁶², in quanto le tesi volte a negare radicali soluzioni di continuità tra la vecchia e la nuova disciplina legavano proprio alla natura necessariamente od ontologicamente temporanea dell’occasione di lavoro presupposta dalle ragioni tecniche, organizzative o produttive anche la perdurante immanenza, nel sistema, della sanzione della conversione del contratto in un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato ex artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ., tutte le volte in cui fossero carenti i presupposti sostanziali legittimanti l’apposizione del termine⁶³. Mentre, simmetricamente, le letture tese a valorizzare la *ratio liberalizzante* dell’intervento legislativo affidavano principalmente all’assenza di qualsivoglia requisito sostanziale di necessaria temporaneità dell’occasione di lavoro, quale segno di equiparazione funzionale tra contratti a termine e a tempo indeterminato nelle valutazioni del legislatore, anche la illazione della scomparsa, nel sistema, della sanzione della conversione del rapporto (al di fuori

⁵⁹ Nel senso ampio ed atecnico di “qualsiasi norma a precezzo generico” (A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 900). Analogamente, tra gli altri, M. Astuto, F. S. Ivella, *Clausole generali, contratti, licenziamenti: i limiti al potere di controllo del giudice*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 20.

⁶⁰ G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale*, cit., p. 313. Di “tipica norma propaganda” parla A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 900.

⁶¹ Sempre A. Vallebona, *op. loc. ult. cit.*

⁶² V. per tutti L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Argomenti dir. lav.*, 2002, pp. 41 sgg., nonché, volendo, S. Giubboni, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, pp. 505 sgg.

⁶³ Lettura per primo patrocinata, con ampiezza di argomenti, da V. Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 361 sgg.

dei casi espressamente previsti), con la conseguente applicabilità del solo primo comma dell'art. 1419 cod. civ. (*iuncto* art. 2126 cod. civ.)⁶⁴.

Ora, è pure noto come, almeno nei dilemmatici termini nei quali era stata inizialmente posta in dottrina, la questione sia stata sostanzialmente superata nell'effettiva prassi applicativa, che negli orientamenti dominanti (confortati, infine, dallo stesso legislatore), da un lato ha sciolto la supposta correlazione tra il problema della temporaneità della causale giustificativa e quello delle conseguenze sanzionatorie⁶⁵, e dall'altro, su tale ultimo versante, si è nettamente consolidata nel senso della piena vigenza dell'effetto della conversione del rapporto quale conseguenza tipica generale dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro⁶⁶. Nello stesso tempo, gli interventi legislativi succedutisi e stratificatisi (non senza incoerenze) in questi ultimi anni sul versante delle causali di accesso a tale tipologia contrattuale flessibile si sono incaricati di avviare a soluzione anche la questione della natura intrinsecamente temporanea o meno del presupposto giustificativo sostanziale⁶⁷.

Determinante, in tal senso, è giustamente apparsa l'integrazione, da parte dell'art. 21 della l. n. 133 del 2008, del testo originario del primo comma del d. lgs. n. 368 del 2001, con l'espressa specificazione che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo consentono l'apposizione del termine "anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro". Tale precisazione, nell'estendere al contratto a termine la formula già impiegata per la somministrazione a tempo determinato, ha invero l'evidente scopo di chiarire che costituisce valido presupposto sostanziale legittimante "qualsiasi ragione oggettiva non arbitraria che renda preferibile in concreto nell'organizzazione aziendale il contratto a termine rispetto a quello a tempo indeterminato, restando del tutto irrilevante che l'occasione di lavoro sia permanente o provvisoria"⁶⁸. Ed altri indici normativi depongono, seppure in termini meno univoci e cogenti del nuovo testo del primo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, nel medesimo senso; tra quelli aggiunti dall'evoluzione legislativa più recente, spicca senz'altro la parallela riformulazione dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001⁶⁹, che nell'imporre il requisito della temporaneità e della eccezionalità nel solo settore pubblico (contrattualizzato), evidentemente implica una netta differenziazione di disciplina (anche sotto tale profilo) rispetto ai rapporti a tempo determinato con datori di lavoro

⁶⁴ Secondo la nota impostazione sostenuta da A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pp. 34 sgg., poi diffusamente ribadita in A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, in *Argomenti dir. lav.*, 2005, pp. 527 sgg., spec. pp. 543 sgg. In dottrina, per un riepilogo della questione orientato nel medesimo senso, v. da ultimo pure C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, spec. al cap. II.

⁶⁵ Secondo il suggerimento già formulato da S. Ciucciovino nel suo commento all'art. 1 del decreto, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 - Attuazione della direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2002, pp. 30 sgg.

⁶⁶ Basti il riferimento a Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, ed a Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214.

⁶⁷ Questione per la verità dibattuta soprattutto in dottrina e che la giurisprudenza ha raramente affrontato *ex professo*, con tendenza delle corti di merito a privilegiare l'opzione interpretativa più rigorosa in favore del prestatore di lavoro. Si rinvia alle puntuali indicazioni fornite al riguardo da S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 455 sgg., spec. pp. 471-475.

⁶⁸ Così, prima dell'intervento legislativo, A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, p. 410; nel medesimo senso, dopo la novellazione della disposizione da parte del legislatore del 2008, G. Ferraro, *Ancora sul contratto a tempo determinato*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d. l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, II, Torino, 2009, pp. 45 sgg., il quale osserva come detta precisazione, "correlata con l'ampia formula di base, che sostanzialmente comprende tutte le possibili esigenze aziendali, sembra consentire un ampio impiego del contratto a termine con esclusione delle sole ragioni meramente soggettive o per meglio dire di quelle che hanno una valenza illecita, frodatoria o discriminatoria" (così a p. 48).

⁶⁹ Da ultimo con l'art. 17 del d.l. n. 78 del 2009, convertito nella legge n. 102 dello stesso anno.

privati, per i quali le ragioni tecniche, organizzative o produttive legittimanti l'apposizione del termine non sono connotate dal medesimo rigore e dalla stessa selettività del presupposto giustificativo, potendo appunto inerire alle medesime esigenze derivanti dallo svolgimento dell'ordinaria attività d'impresa.

L'art. 30, comma 1, del Collegato lavoro contribuisce a dissolvere, su questo punto, ogni residuo dubbio interpretativo. Nel vincolare il giudice – in sede d'interpretazione di clausole generali relative anche al momento della instaurazione del rapporto di lavoro (come, tipicamente, quella dell'art. 1, d. lgs. n. 368 del 2001) – all'accertamento del presupposto di legittimità, senza estendere il controllo giudiziale al merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che spettano all'imprenditore, la norma rafforza, infatti, le conclusioni appena raggiunte sulla scorta dell'evoluzione legislativa in tema di causali giustificative del contratto a termine. Giacché conferma che la scelta di offrire un'assunzione a tempo determinato, anche nell'ipotesi in cui l'occasione di lavoro sia – di per sé – virtualmente stabile in quanto rispondente ad esigenze aziendali non transitorie, inerisce, se sorretta da ragioni non arbitrarie puntualmente specificate nel documento contrattuale, al merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro, le quali restano come tali sottratte al sindacato giudiziale. E questo perché – come ben spiegato ancora nel vigore della originaria formulazione dell'art. 1, d. lgs. n. 368 del 2001 – la temporaneità dell'occasione lavorativa “viene in rilievo come «prodotto» della volontà del datore che, nell'esercizio della iniziativa economica privata, è libero di configurare nel modo più conveniente le diverse posizioni di lavoro in cui si scompone l'organizzazione aziendale”⁷⁰. Onde la scelta organizzativa che fonda l'assunzione a termine – purché specificamente individuata ed indicata per iscritto al momento dell'assunzione⁷¹ – rimane immune da qualsivoglia sindacato sul merito della effettiva temporaneità o meno dell'occasione di lavoro oggetto del contratto. Per cui il giudice limiterà il suo controllo all'accertamento della effettiva sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative o produttive in tal modo specificate, ed al collegamento delle stesse, in termini di ragionevole correlazione causale, con la concreta posizione di lavoro a tempo determinato in discussione.

L'eventuale certificazione del contratto di lavoro a termine, ed in particolare della clausola specificativa delle ragioni che ne giustificano l'apposizione, secondo il meccanismo che il legislatore del Collegato ha voluto chiaramente potenziare⁷², non incide, di per sé, sul merito delle conclusioni testé raggiunte, giacché la preclusione del sindacato giudiziale sulle valutazioni compiute

⁷⁰ F. Lunardon, *L'eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Argomenti dir. lav.*, 2007, pp. 41 sgg., qui p. 49.

⁷¹ Sui requisiti di specificazione delle ragioni oggettive del termine finale richiesti dal comma 2 dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità della causale giustificativa allegata, oltre che la immodificabilità della stessa nel corso del rapporto, v. da ultimo Cass., sez. lav., 1º febbraio 2010, n. 2279, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 754, con nota di F. Marinelli, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*. Resta peraltro aperta, nella perdurante diffidenza degli indirizzi seguiti dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale, la questione del livello di specificazione richiesto ai fini della indicazione delle ragioni sostitutive, in merito in particolare alla necessità o meno di indicare sempre il nominativo del lavoratore sostituito. Questione che la recente sentenza *Sorge* della Corte di giustizia dell'Unione europea (in causa C-98/09), lungi dall'avviare a soluzione, rende, a ben vedere, ancor più complessa ed intricata: cfr. il commento critico di L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 1050 sgg.

⁷² Cfr. A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione*, cit., spec. pp. 18 sgg.

dalle parti nel documento contrattuale in ordine alla ricorrenza di una determinata ragione giustificativa oggettiva deve essere affermata – come si è detto – sulla base della disciplina e dei principi generali applicabili all’istituto, ed a prescindere, quindi, dalla possibilità di invocare gli effetti ora divisati dal disposto di cui all’art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010. Sennonché è evidente che il ricorso alla certificazione è idoneo a determinare un effetto di stabilizzazione e, per così dire, di “tenuta rafforzata” di tali pattuizioni, anche nei confronti dei terzi (ed in particolare degli enti previdenziali)⁷³, nella misura in cui impone al giudice, nella interpretazione delle relative clausole, di non discostarsi dalla valutazione delle parti, salvi i casi di erronea qualificazione del rapporto ovvero di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione⁷⁴.

3. Il nuovo regime delle impugnazioni

È ad ogni modo indubitabile che le previsioni maggiormente innovative, e che più incideranno sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, sono quelle contenute nell’art. 32 della legge, in tema di regime delle impugnazioni e di conseguenze dell’accertamento e della dichiarazione giudiziale della nullità del termine apposto al contratto.

Il legislatore del Collegato ha anzitutto voluto estendere anche alle azioni di nullità del termine il nuovo regime di impugnazione previsto per il licenziamento, col doppio termine decadenziale in funzione acceleratoria del giudizio, in virtù della riscrittura dell’art. 6 della l. n. 604 del 1966 operata col primo comma dell’art. 32 della legge⁷⁵. L’assoggettamento a tale nuovo regime è imposto, anzi, in materia, in forma ancor più incisiva ed avvolgente di quanto non valga per il licenziamento e per le ulteriori fattispecie a questo assimilate, in considerazione sia dell’ampiezza delle ipotesi in cui si contesti la legittimità del termine coinvolte dalla nuova previsione normativa, sia dell’effetto retroattivo chiaramente voluto dall’art. 32, con il disposto del quarto comma.

⁷³ Cfr. l’art. 79 del d. lgs. n. 276 del 2003.

⁷⁴ Quanto detto non implica, beninteso, l’adesione alla tesi, pur problematicamente affacciata in dottrina, secondo cui, in virtù della nuova previsione dell’art. 32, comma 2, del Collegato, “il contratto o l’accordo certificato costituirà un argine all’accertamento del giudice”, anche laddove si tratti di valutare l’esistenza o meno di un contrasto tra l’accordo stesso e “una norma inderogabile di legge al fine di stabilire la validità o l’invalidità del patto” (così M. Marazza, *Effetti e ambito di applicazione più ampi per la certificazione dei contratti di lavoro*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 24 sgg., qui p. 27; prospettata tale ipotesi, per giungere però alla conclusione negativa che si sta per argomentare, pure M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 877). Una interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell’art. 32 della l. n. 183 del 2010 impone, infatti, di ritenere che anche la nuova certificazione si mantenga dentro un ambito del tutto diverso da quello della tecnica della “volontà assistita”, ovvero della derogaibilità, in sede di regolamento contrattuale, delle disposizioni di legge o di contratto collettivo (in dottrina v., per tutte, la ricostruzione critica di R. Voza, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, spec. al cap. III). Per cui non si può dubitare, anche all’esito della riformulazione degli effetti della certificazione ex art. 32 del Collegato, della nullità delle clausole, pur certificate, che siano in contrasto con norme inderogabili della legge o del contratto collettivo, con la correlata, consueta “efficacia sostitutiva” di queste ultime (così A. Vallobona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 902). Vi è semmai da precisare che la determinazione e specificazione contrattuale, non importa se “sanzionata” o meno con atto di certificazione, della concreta ragione oggettiva che giustifica l’apposizione del termine, anche laddove si tratti di occasione di lavoro virtualmente non temporanea, non implica alcuna violazione della norma inderogabile contenuta nell’art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, giacché questa non impone, come visto, nel settore del lavoro privato, un siffatto requisito di necessaria temporaneità, rimettendo la valutazione di tale aspetto alle libere scelte organizzative e gestionali dell’imprenditore.

⁷⁵ Su cui v. la diffusa analisi di G. Pellacani, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 215 sgg.

Il nuovo testo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966 impone ora, come noto, un onere di impugnazione del licenziamento articolato su due distinti momenti. Il primo consiste nella (conferma dell'onere di) impugnazione a pena di decadenza nei sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta dell'atto di recesso (ovvero dalla comunicazione sempre per iscritto dei motivi dello stesso, ove non contestuale), con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore di contestare la legittimità del licenziamento. Sotto tale primo profilo la disposizione è sostanzialmente confermativa della disciplina previgente⁷⁶, sia pure nel contesto di un ampliamento delle ipotesi ricondotte all'onere di impugnazione, che riguarda ora, per espresso disposto dell'art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010, "tutti i casi di invalidità del licenziamento"⁷⁷.

Il secondo momento costituisce, invece, una delle più significative novità sostanziali introdotte dalla legge, laddove appunto si stabilisce (con l'aggiunta di un secondo comma all'art. 6 della l. n. 604 del 1966) che quella prima impugnazione resta inefficace se non viene seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora detto nuovo onere d'impugnazione sia adempiuto optando per la richiesta del tentativo di conciliazione (ora facoltativo, salvo che in materia di contratti certificati⁷⁸) ovvero di arbitrato, la sequenza può arricchirsi, peraltro, di un ulteriore momento in caso di rifiuto della controparte. In detto caso, infatti, come anche nella ipotesi in cui non sia raggiunto l'accordo in sede conciliativa, il ricorso al giudice del lavoro deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Esula dagli scopi di questo contributo un'analisi particolareggiata dei numerosi problemi interpretativi suscitati – anche con riguardo alla "fattispecie madre", per dir così, del licenziamento – dalla disposizione contenuta nel nuovo testo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966. Ci si limiterà qui, per l'intanto, a dar conto dei problemi esegetici posti dalla estensione dell'onere di impugnazione previsto dalla norma alle fattispecie in cui si contesti la validità del termine, rinviando ad un momento successivo la trattazione delle delicate questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità col diritto dell'Unione europea che tale estensione pone⁷⁹.

Le norme sui cui focalizzare qui l'attenzione sono, pertanto, essenzialmente quelle contenute nella lettera d) del terzo comma e nelle lettere a) e b) del quarto dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010, sebbene una compiuta ricostruzione esiga di esplicitare quantomeno il raccordo di tali previsioni con quella dettata nella lettera a) del terzo comma medesimo, alla cui stregua le disposizioni del nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 si applicano anche "ai licenziamenti che presuppongono

⁷⁶ Su cui v., per tutti, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008 (terza ed.), pp. 670 sgg.

⁷⁷ Sulla estensione dell'ambito applicativo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966, che deriva da tale previsione, v. in particolare G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. "Collegato lavoro"*, cit., spec. pp. 890 sgg.

⁷⁸ Secondo A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 906, l'obbligo del tentativo di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, sussisterebbe anche ove si intenda impugnare un licenziamento nell'area di applicazione della tutela obbligatoria. Si può tuttavia dubitare della sopravvivenza e se si vuole della riviviscenza della previsione, pur mai esplicitamente abrogata, al riguardo contenuta nell'art. 5, comma 1, della l. n. 108 del 1990, che potrebbe dirsi implicitamente superata anche nel nuovo quadro normativo di ripristino generalizzato dalla facoltatività del tentativo di conciliazione.

⁷⁹ V. *infra*, § 5.

la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto”.

Ora, il raccordo tra la previsione testé riprodotta e quella contenuta, in particolare, nella lettera d) del medesimo comma dell’art. 32, e di cui si dirà meglio tra breve, è in effetti suscettibile di essere ricostruito in termini sensibilmente diversi⁸⁰, in ragione, in particolare, della non cristallina formulazione della lettera di apertura del comma in questione. Se, tuttavia, come pare preferibile valorizzando la *ratio* sottesa a detta ultima previsione, si opta per ancorare il riferimento alla contestazione della “legittimità del termine apposto al contratto”, ivi contenuto, al medesimo ambito delle fattispecie in cui si controverta di “licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto”, quel raccordo diventa sufficientemente chiaro. E lo diventa nel senso che la lettera a) del comma terzo è *tutta* da intendersi come riferita a controversie in cui comunque si discuta della corretta qualificazione del rapporto: sia nell’ipotesi in cui la cessazione (o semplicemente l’interruzione *de facto*) di detto rapporto sia dipesa da un atto (o anche soltanto da un comportamento o da un fatto⁸¹) che, in vista della eventuale riqualificazione del rapporto medesimo, il legislatore assimila ad un “licenziamento”; sia nell’ipotesi in cui quella stessa cessazione sia invece da ricondurre allo spirare di un termine convenuto dalle parti, sebbene sempre sulla base di una (asserita) erronea qualificazione del contratto tra le stesse intercorrente.

Se è così, la lettera a) del terzo comma dell’art. 32 fa riferimento (soltanto) “a quelle ipotesi in cui tra le parti si instauri un rapporto di lavoro subordinato senza che sussista alcuna formalizzazione, ovvero venga stipulato un contratto di lavoro di lavoro formalmente autonomo”, ma del quale si assuma la natura effettivamente subordinata, “e tale rapporto di fatto cessi con il licenziamento ovvero con l’eventuale scadenza del termine fissato dalle parti”⁸². Mentre le ipotesi contemplate nella successiva lettera d) del terzo comma (come anche quelle di cui al quarto comma dello stesso articolo) si riferiscono ai casi, più specificamente individuati nei modi dei quali si dirà tra un momento, nei quali *non* sia in discussione la correttezza della qualificazione del rapporto (e, dunque, la riconducibilità della fattispecie al campo della subordinazione), ma unicamente la legittimità della apposizione (o della proroga) del termine contrattualmente convenuto dalle parti.

Occorre dunque ritenere che la sfera applicativa delle previsioni rispettivamente contenute, in punto di onere di impugnazione del “termine”, rispettivamente nella lettera a) e nella lettera d) del terzo comma dell’art. 32 del Collegato, sia diversa e non sovrapponibile.

Chiarito così il raccordo interno alle previsioni contenute nella disposizione in commento, si può passare ad un’analisi di dettaglio delle (uniche) fattispecie in cui venga in questione un’azione di nullità del termine apposto ad un contratto di lavoro (propriamente) subordinato, alla stregua delle previsioni del d. lgs. n. 368 del 2001 richiamate nella lettera d) del terzo comma e quindi nel quarto comma dell’art. 32.

⁸⁰ Come rilevato in dottrina: v. M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 881.

⁸¹ Ipotesi, questa, che può ingenerare forti incertezze sul *dies a quo* della decorrenza del termine di 60 giorni per la impugnazione in via (anche) stragiudiziale, con conseguenti ricadute negative circa la effettività della tutela dei diritti del lavoratore, valutabili assai problematicamente nell’ottica dell’art. 24 Cost.

⁸² Così, con ricostruzione pienamente condivisibile, G. Mimmo, *Per i ricorsi contro i contratti a termine la scadenza viaggia su “doppio binario”*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 32.

La lettera d) del terzo comma dell'art. 32 del Collegato stabilisce anzitutto che la disciplina delle impugnazioni previste dal nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 si applica anche “all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo”. La disposizione – benché formulata in termini relativamente lineari, almeno a confronto con altri enunciati della legge – ha subito suscitato letture discordanti, in primo luogo in ordine al suo raggio di applicazione materiale.

Una tesi ingiustificatamente estensiva della già ampia portata della disposizione ritiene che essa debba essere riferita anche alle ipotesi, che il legislatore ha evidentemente omesso di considerare, nelle quali l'azione intentata dal lavoratore sia diretta a far valere la nullità del termine apposto in violazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 368 del 2001 come pure in quelle considerate dall'art 5 (di prosecuzione di fatto del rapporto, di rinnovo del contratto senza soluzione di continuità, ovvero senza il rispetto dell'intervallo minimo prescritto dalla legge, e di superamento del periodo massimo complessivo di 36 mesi secondo il precetto dettato dal comma 4-bis, aggiunto dalla l. n. 247 del 2007).

La tesi appare tuttavia infondata, e nessuno degli argomenti su cui fa leva riesce a superare la basilare obiezione che deriva dall'inequivocabile dato testuale contrario, il quale riferisce l'applicazione della regola del nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 unicamente alle azioni di nullità del termine che sia apposto al contratto ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001: *ergo*, esclusivamente alle azioni volte all'accertamento della carenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive legittimanti, in via generale, il ricorso alla tipologia contrattuale, ovvero dirette a contestare la ricorrenza delle specifiche condizioni tipizzate per i settori del trasporto aereo e dei servizi postali, ovvero rivolte – infine – a sanzionare la insussistenza delle condizioni che consentono la proroga del contratto.

Non vale a superare questa conclusione una lettura “orientata”, e se vogliamo surrettiziamente “correttiva”, del *dictum* letterale della disposizione, alla cui stregua questo andrebbe letto a partire dal riferimento all'azione di nullità, e non già alle ipotesi legali nominate di stipulazione del contratto a tempo determinato⁸³. Si può infatti agevolmente replicare che è proprio tale ultimo riferimento a costituire il baricentro della disposizione, in quanto serve appunto a delimitare le ipotesi di azione di nullità del termine apposto al contratto nelle quali il legislatore ha ritenuto opportuno rendere applicabile il nuovo regime delle impugnazioni disegnato dal primo comma dell'art. 32⁸⁴.

Né varrebbe inferire diversamente – come pure è stato autorevolmente argomentato⁸⁵ – dalla pretesa *ratio* della previsione normativa, sostenendo in particolare che, non esistendo reali differenze tra le ipotesi contemplate dagli artt. 1, 2 e 4 e quelle regolate dagli artt. 3 e 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, nessuna differenziazione potrebbe ragionevolmente giustificarsi sul piano del trattamento quanto a regime delle impugnazioni. Anche sotto tale profilo può invero replicarsi che le ipotesi di (violazione dei precetti di) cui agli artt. 3 e 5, d. lgs. n. 368 del 2001 sono in realtà contrassegnate da una innegabile specificità (e dunque da una indubbia differenza anche di *ratio*)

⁸³ Questa rilettura è suggerita da P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 474.

⁸⁴ Nel senso qui sostenuto anche A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 903.

⁸⁵ Ancora da P. Tosi, *op. loc. ult. cit.*, e da G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni*, cit., p. 893.

rispetto a quelle nominate dalla lettera d) del terzo comma (e dalla lettera a) del quarto comma) dell'art. 32 del Collegato: quelle dell'art. 3, per il peculiare disvalore che connota le assunzioni a termine effettuate in violazione degli specifici divieti stabiliti a protezione di interessi intensamente qualificati sul piano costituzionale; quelle dell'art. 5, come è stato giustamente rilevato, perché l'esenzione dall'onere d'impugnazione delle azioni di nullità "fondate sulla violazione dei limiti alle successioni dei contratti a termine, che costituiscono, in conformità alla direttiva comunitaria 1999/70, il vero strumento di ingiusta precarizzazione", serve proprio a contrastare le forme deteriori di ricorso abusivo al contratto a tempo determinato.

Occorre pertanto concludere che l'onere d'impugnazione non si estende oltre le ipotesi di azione di nullità intentate per violazione delle disposizioni di cui gli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001⁸⁶: lo impongono argomenti letterali (da soli cogenti, in presenza di norme che, in quanto stabiliscono decadenze, sono comunque di stretta interpretazione), ragioni di carattere sistematico, e – come avremo modo di dire meglio nel prosieguo – esigenze, ineludibili soprattutto nei casi di specie, di conformità ai principi costituzionali ed alla direttiva europea.

La conclusione è del resto confermata dalla previsione di cui alla lettera a) del quarto comma dell'art. 32, la quale pure assoggetta al nuovo regime delle impugnazioni i soli contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001 in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge, con decorrenza dalla scadenza del termine. Mentre la previsione di cui alla successiva lettera b) impone il medesimo onere con riguardo ai contratti a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al d. lgs. n. 368 del 2001, e già conclusi alla data di entrata in vigore del Collegato, fissando la decorrenza del relativo *dies a quo* da tale data.

Si tratta, con ogni evidenza, di disposizioni di diritto transitorio di non equivoca efficacia retroattiva almeno quanto alla previsione della lettera b)⁸⁷, la quale fa espresso riferimento a contratti già conclusi alla data di entrata in vigore della Collegato, ancorché in ipotesi sorti e regolati per intero da disposizioni di legge non più in vigore in quanto abrogate dal d. lgs. n. 368 del 2001. Per tali fattispecie, il (primo) termine di sessanta giorni per proporre l'impugnazione anche in via stragiudiziale decorre – come ovvio – dalla data di entrata in vigore della legge, non potendo che essere inevitabilmente slegato dalla concreta vicenda del rapporto di lavoro, ormai conclusosi – seppur solo di fatto – tra le parti.

Va da sé come quest'ultima ipotesi presenti in forma aggravata i problemi di legittimità costituzionale che sono stati già da più parti prospettati, più in generale, con riguardo al nuovo regime delle decadenze, e dei quali si dirà meglio più avanti.

4. Il nuovo regime sanzionatorio

Non meno incisiva e problematica – anzitutto sul piano esegetico – risulta del resto l'altra innovazione fondamentale introdotta dal legislatore del Collegato in materia di lavoro a tempo determinato con le previsioni dettate dai commi 5 e 6 dell'art. 32. Chiara nella *intentio legislatoris*, la

⁸⁶ In questo senso anche A. Corvino, *L'impugnazione del contratto a termine*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., p. 84, e I. M. Di Biase, *Il nuovo regime delle decadenze*, ivi, spec. p. 97.

⁸⁷ Contra P. Tosi, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 477.

previsione del quinto comma lo è assai meno, come si è subito incaricata di dimostrare la primissima prassi applicativa, negli effetti prodotti sul ridisegno del nuovo apparato sanzionatorio e ri-mediale approntato dall'ordinamento per il lavoro a termine.

Il quinto comma dell'art. 32 dispone, testualmente, che “nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604”. Il successivo comma 6 contempla un meccanismo di abbattimento della misura massima della predetta indennità in funzione promozionale di soluzioni già da tempo sperimentate in sede contrattuale collettiva, in vista della gestione consensuale del gigantesco contenzioso come noto sedimentatosi, in materia, in alcuni settori produttivi ed in talune realtà aziendali del Paese⁸⁸. Esso prevede, infatti, che in presenza di contratti ovvero di accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal richiamato comma 5 è ridotta alla metà⁸⁹.

Se dipendesse unicamente dall'intento manifestato dal legislatore, la lettura della norma in commento non darebbe in effetti luogo a soverchi problemi interpretativi (salvi, s'intende, i dubbi di illegittimità costituzionale e di contrasto con la disciplina comunitaria di cui si dirà più avanti). Da questo punto di vista, lo scopo – e l'effetto – della disposizione sono invero piuttosto chiari: in tutti i casi in cui si faccia luogo a “conversione” del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, per il periodo intercorrente tra l'interruzione di fatto del rapporto e la sentenza dichiarativa della nullità del termine, è *comunque* dovuta al lavoratore *unicamente* una indennità onnicomprensiva – e quindi esaustiva di ogni pretesa risarcitoria e/o retributiva⁹⁰ – compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità (ridotte, eventualmente, a sei, ricorrendo l'ipotesi del sesto comma), con graduazione ed effettiva commisurazione giudiziale del *quantum* d'indennizzo ancorata ai criteri di valutazione di cui all'art. 8 della l. n. 604 del 1966.

⁸⁸ Poste Italiane S.p.a., alla cui esperienza contrattuale il comma 6 è chiaramente rivolto (e ispirato), assorbe come noto, da sola, una larga parte dell'assai vasto contenzioso seriale in materia di contratto a termine. Cfr. tra gli altri G. Gentile, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste Italiane*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 235 sgg.

⁸⁹ Un meccanismo analogo di “contingentamento” dell'indennizzo dovuto al prestatore di lavoro dentro un importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità di retribuzione, sempre avuto riguardo ai criteri stabiliti dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966, è previsto dall'art. 50 del Collegato in materia di collaborazioni coordinate e continuative di cui sia contestata la genuinità della natura effettivamente autonoma. La norma è peraltro formulata in termini particolarmente ambigui (oltre che particolarmente problematici e discutibili sotto il profilo della costituzionalità), giacché non chiarisce se il meccanismo indennitario dalla stessa configurato debba intendersi come collegato in via esclusiva alle forme di stabilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative (riconducibili anche alla tipologia del lavoro a progetto) che la l. n. 296 del 2006 (all'art. 1, commi 1202 e seguenti) affidava al governo della contrattazione collettiva, ovvero se, almeno entro certa misura, e come sembra, si discosti dal modello già regolato dalla legge finanziaria del 2007. Non c'è lo spazio per approfondire qui la discussione sui notevoli dubbi interpretativi sollevati dall'art. 50 del Collegato lavoro, né per sviluppare la critica della scelta in tal guisa compiuta dal legislatore sotto i molteplici profili di sospetta incostituzionalità. Si rinvia, per questo, all'analisi di V. Putrignano, *La misura indennitaria per la mancata “conversione” delle collaborazioni a progetto*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., pp. 101 sgg.

⁹⁰ La giurisprudenza – a ciò forse indotta per lo più dalla diversa, contingente formulazione del *petitum* da parte dei lavoratori ricorrenti – si dimostra in effetti oscillante in ordine alla natura del credito vantato nei confronti del datore *in mora acciendi* al quale sia stata debitamente offerta la prestazione lavorativa successivamente alla interruzione di fatto del rapporto a termine. Nei repertori è rinvenibile tanto l'affermazione – invero più corretta – della natura risarcitoria di detto credito (v. ad es. Cass., sez. lav., 27 luglio 2010, n. 17549), quanto quella della natura retributiva (e. g., Cass., sez. lav., 25 ottobre 2010, n. 21815).

La conversione o trasformazione del rapporto, che consegue alla declaratoria di nullità della clausola appositive del termine, tornerebbe dunque a produrre gli effetti di diritto comune solo successivamente alla sentenza, dovendosi ritenere che in forza della stessa il lavoratore abbia diritto, da un lato, alla riammissione in servizio ed alla ricostituzione della effettiva funzionalità del rapporto e, dall'altro, ove ciò non dovesse avvenire, alle retribuzioni maturande, anche a prescindere da un ulteriore specifico atto di messa in mora con l'offerta della prestazione lavorativa al datore inadempiente al comando giudiziale. Mentre per il periodo precedente all'accertamento il lavoratore, per effetto della sentenza, avrebbe solo diritto di vedersi riconosciuta, col ripristino del rapporto, l'anzianità giuridica matura ai soli fini contrattuali, non potendo contare sul riconoscimento della stessa ai fini previdenziali, dovendosi infatti escludere – in ragione del carattere “onnicomprensivo” della indennità risarcitoria – qualunque obbligo di versamento contributivo sulla somma a tale titolo liquidata dal giudice.

In questa prospettiva, dunque, l'indennità, nella misura standardizzata tra il predetto minimo e massimo, assorbe e sostituisce qualunque pretesa risarcitoria collegata alla eventuale situazione di *mora accipiendo* del datore di lavoro, a prescindere dalla durata del periodo in contestazione come anche – evidentemente – da quella del processo. Mentre il lavoratore, che può comunque contare sull'effetto ripristinatorio pieno della conversione per il periodo successivo alla sentenza⁹¹, si vedrebbe liquidata la predetta indennità, quantomeno nell'importo minimo delle 2,5 mensilità, in ogni caso di dichiarazione giudiziale della nullità del termine, dunque anche a prescindere dalla circostanza che abbia o meno messo in mora il datore di datore di lavoro, offrendogli la propria prestazione, ovvero abbia patito un effettivo danno (l'indennizzo forfetario spetta, infatti, anche nell'ipotesi in cui il lavoratore si sia immediatamente rioccupato, senza subire pregiudizi patrimoniali nella continuità della percezione di redditi da lavoro).

⁹¹ La previsione dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, analogamente a quanto vale per quelle che costituiscono l'ossatura della riforma voluta dal legislatore del Collegato, è formulata in termini generali apparentemente inclusivi, come tali, anche dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni a regime contrattualizzato. Sennonché è proprio il riferimento alla “conversione”, quale presupposto applicativo del nuovo regime indennitario forfetario, a far dubitare della applicabilità della norma a tali rapporti di lavoro, visto che per essi vale la regola speciale dettata dall'art. 36, comma 5, del d. lgs. n. 165 del 2001, alla cui stregua, come noto, “in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione”. Detta norma precisa del resto che tali lavoratori hanno diritto al “risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”. Il coordinamento sistematico delle disposizioni in commento alla stregua del principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, induce così a ritenerne che l'area del lavoro pubblico “privatizzato” resti interamente regolata dalla speciale previsione dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, per cui – non sussistendo il presupposto applicativo della “conversione” – anche il risarcimento del danno dovuto al lavoratore continuerebbe ad essere determinato secondo i comuni principi civilistici, senza i limiti (e le presunzioni) stabiliti dal quinto comma dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010. Tale conclusione si porrebbe in qualche modo in linea col *trend* legislativo dominante in questi ultimi anni, che in controtendenza con le scelte di fondo operate a partire dal d. lgs. n. 29 del 1993 sta riportando ad una graduale, forte divaricazione delle discipline applicabili ai “mondi” del lavoro pubblico e privato. Essa non sembra tuttavia immune da profili problematici: da un lato perché per tal via si continuerebbe ad affidare agli assai ondivaghi orientamenti della giurisprudenza la determinazione (secondo i criteri di effettività e dissuasività indicati anche dai giudici di Lussemburgo) del risarcimento del danno ex art. 36, comma 5, d. lgs. n. 165 del 2001; dall'altro perché – nonostante le ormai numerose pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Consulta – la questione della totale esclusione della sanzione della conversione del rapporto nel campo del lavoro pubblico non può dirsi ancora del tutto risolta, sussistendo ipotesi in cui lo speciale regime previsto dal testo unico non sembra poter contare su sufficienti ragioni giustificative. Il tema, assai complesso, non può evidentemente essere approfondito in questa sede, per cui si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, a A. Preteroti, *Il contratto a termine nel settore pubblico*, cit., pp. 1103 sgg., e a G. Pascarella, *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 87 sgg.

Qualificata dal richiamo alla volontà del legislatore (ed alla *ratio compromissoria* da questi perseguita in funzione del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco), quella appena delineata è senz'altro l'interpretazione prevalente in dottrina del disposto dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010⁹²; ed è, con ogni probabilità, anche quella più lineare, oltre che – si ripete – quella maggiormente coerente col precipitato della *voluntas legislatoris*. Essa non è, però, l'unica lettura possibile, come i suoi stessi sostenitori hanno subito lucidamente avvertito.

Volendo subito sgombrare il campo dalle ipotesi esegetiche che appaiono anche testualmente meno plausibili⁹³, resta, infatti, tra i possibili significati attribuibili in chiave di interpretazione teologica e costituzionalmente orientata della norma, una lettura rivale ed alternativa, quanto agli esiti di tutela attingibili dal lavoratore, che risulta dotata d'una indubbia forza suggestiva. Si tratta di lettura non a caso subito accreditata da una primissima e diremmo sperimentale pronuncia di merito⁹⁴: una sorta di primo segnale simbolico di quella che – come è stato detto per il d. lgs. n. 368 del 2001 – potrebbe rapidamente trasformarsi in una nuova “vera e propria competizione dei giudici nazionali scesi in campo per smantellare la fragile struttura”⁹⁵ anche di questo nuovo impianto normativo⁹⁶. Un segnale che invita a non sottostimare le molte risorse interpretative messe a disposizione del giudice “comune” dal canone della interpretazione costituzionalmente orientata e/o conforme al diritto comunitario⁹⁷.

⁹² In questo senso si sono autorevolmente espressi, tra gli altri, P. Tosi, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 480 sgg., ed A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 904.

⁹³ Si allude evidentemente alla lettura, davvero contro-intuitiva rispetto al testo della norma, alla cui stregua il richiamo che questa fa in esordio alla “conversione” starebbe ad escluderne *tout court* gli effetti, che sarebbero interamente rimpiazzati dal pagamento della mera indennità risarcitoria, unica conseguenza riconnessa così all'accertamento della illegittimità dell'apposizione, della proroga o della rinnovazione del termine. Lettura invero inammissibile ben oltre il dato testuale e prospettabile più che altro per gusto dialettico, che non si giova neppure del richiamo allo sfortunato precedente dell'art. 4-bis del d. lgs. n. 368 del 2001 che, introdotto dalla l. n. 133 del 2008 e prontamente caducato per eclatante contrasto con l'art. 3 Cost. da Corte cost. n. 214 del 2009, aveva almeno il pregio di prevedere espressamente l'indennizzo come unico obbligo gravante sul datore di lavoro, senza menzionare la conversione, per questo pacificamente esclusa. Cfr. solo G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate)*, in Id. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 44 sgg.

⁹⁴ V. Tribunale di Busto Arsizio, 29 novembre 2010, n. 528, in *Guida al lavoro*, fasc. n. 49 del 2010, p. 18, con commento critico di F. M. Putaturo Donati, *Sulla natura della nuova sanzione per la conversione del contratto a termine*. È di qualche significato che tale interpretazione “adeguatrice” abbia in buona sostanza ricevuto un autorevole avallo nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011 (*Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*) dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, nelle cui conclusioni è dato leggere che, “secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività e adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, l'indennità di cui all'art. 32, commi 5-6, della legge n. 183 del 2010 può ritenersi essere aggiuntiva rispetto alle tradizionali tutele (incidente solo sulla limitazione del danno risarcibile), dovendo escludersi per converso che essa possa essere sostitutiva della conversione del rapporto, o del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto” (p. 81). Anche se – come ricordato (sopra, alla nota 6) e come meglio si dirà tra breve (al § seg.) – la Suprema Corte, nella prima occasione di applicazione della norma, ha ritenuto di dover accogliere l'interpretazione che assegna all'indennità forfetaria, stante il suo carattere “onnicomprensivo”, natura sostitutiva del risarcimento *iure communis*, salvo – per ciò stesso – dubitare della legittimità costituzionale delle disposizioni del quinto e del sesto comma dell'art. 32 e rinviare al giudice delle leggi la relativa questione per sospetto contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.

⁹⁵ G. Ferraro, *L'evoluzione del quadro legale*, in Id. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 3 sgg., qui p. 15.

⁹⁶ Già pende, come si è ricordato (*supra*, nota 6), questione di legittimità costituzionale, sollevata anche in riferimento a rilevanti profili di diritto europeo.

⁹⁷ Sia permesso sul punto il rinvio a F. Amato, S. Giubboni, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di giustizia di Lussemburgo*, cit., spec. pp. 334 sgg. (ove ulteriori riferimenti), cui adde almeno V. Piccone, *Effetti diretti, interpretazione*

Secondo questa lettura alternativa e rivale del comma quinto dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010, la liquidazione della indennità risarcitoria compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità (giusti i criteri valvoli *ex lege* n. 604 del 1966) sarebbe aggiuntiva, e non già sostitutiva, rispetto alle conseguenze derivanti, alla stregua del "diritto vivente"⁹⁸, dai comuni principi in tema di "conversione" del contratto e di *mora credendi ex art.* 1206 cod. civ., dovendosi ritenere sanzione tipica automatica "correlata esclusivamente al mero accertamento della nullità del termine"⁹⁹. Una "penale sanzionatoria", dunque, "connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine"¹⁰⁰, che si aggiungerebbe sia all'effetto della "conversione" del contratto in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. (e, ora, direttamente dell'art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010¹⁰¹), sia alla comune disciplina *ex art.* 1206 cod. civ. delle conseguenze risarcitorie della *mora accipiendo* del datore di lavoro.

Poiché la forza di persuasione di questa lettura "orientata" sta tutta nel preteso rispetto dei vincoli di conformità ai parametri costituzionali e comunitari che essa assicurerebbe a differenza dell'altra, è giunto il momento di misurarci col vaglio critico dell'effettivo rilievo di tali parametri, già invocati in dottrina e in giurisprudenza per contestare la legittimità delle scelte del legislatore del Collegato ben oltre la questione del nuovo assetto dato al regime sanzionatorio del contratto a tempo determinato¹⁰².

5. Problemi di costituzionalità e di compatibilità col diritto dell'Unione europea

Dubbi di legittimità costituzionale, come anche di violazione delle clausole 5 e 8.3 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, sono stati invero prospettati con riguardo a tutte le principali novità in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, tanto con riferimento al nuovo regime delle impugnazioni, quanto in relazione alle disposizioni sulle conseguenze dell'accertamento della nullità del termine.

È in primo luogo l'estensione delle novellate previsioni dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966 all'azione di nullità del termine, sia pure nei soli casi indicati dal terzo comma dell'art. 32 del Collegato, a suscitare serie perplessità in ordine al rispetto dei principi di cui all'art. 3 ed all'art. 24 Cost.

È vero, infatti, quanto al primo profilo di sospetta illegittimità costituzionale, che anche le azioni dirette all'accertamento della nullità del termine apposto al contratto pongono problemi analoghi a quelle di impugnazione del licenziamento nell'area di applicazione della tutela reale, giacché in entrambi i casi comportamenti opportunisticamente dilatori del lavoratore nell'introduzione del

conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 157 sgg.

⁹⁸ Che il legislatore avrebbe ribadito enunciando per la prima volta in modo espresso la regola della "conversione" del contratto, così recependo la pur impropria espressione radicatasi nel diritto giurisprudenziale vivente e tipizzandola come ordinaria conseguenza scaturente sul piano del rapporto dall'accertamento della illegittimità del termine.

⁹⁹ Così B. Cossu e F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della "conversione"*, cit., p. 899, ove ampia illustrazione delle ragioni a sostegno di tale interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ V. quanto si è osservato alla nota 51.

¹⁰² I principali dubbi di legittimità costituzionale sono stati come noto sollevati, anche dopo la riformulazione dell'art. 31 della legge all'esito dell'ulteriore passaggio parlamentare imposto dal rinvio del Presidente della Repubblica, in ordine alla radicale riforma dell'arbitrato recata dal Collegato lavoro. È un tema – centrale peraltro nell'assetto del disegno del legislatore – che evidentemente esula dai limiti di questo contributo: per valutazioni di segno diverso v. ad ogni modo, tra gli altri, A. Vallebona, *Una buona svolta nel diritto del lavoro*, cit. pp. 201 sgg., e G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale*, cit., pp. 313 sgg.

giudizio (non diversamente, peraltro, da elementi esterni alla sfera di controllo delle parti, come la durata del processo) possono ingiustamente aggravare le conseguenze risarcitorie a carico del datore di lavoro, ciò che giustificherebbe un'assimilazione delle due fattispecie con riguardo alla disciplina degli oneri di impugnazione a carico del lavoratore ricorrente in funzione acceleratoria e di certezza giuridica. A tale osservazione può, tuttavia, fondatamente replicarsi che è anzitutto la stessa l. n. 183 del 2010, nel ricollegare alla conversione del contratto (secondo la lettura più coerente con l'intento del legislatore) conseguenze meramente indennitarie "costrette" entro una misura massima predeterminata, a togliere argomenti alla tesi della *eadem ratio* che giustificherebbe l'assimilazione delle due fattispecie sotto il comune regime dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966.

Ma a tale argomentazione può esser mossa un'obiezione ancor più radicale, che riguarda la diversità della posizione *sostanziale* in cui versa il lavoratore nelle due – appunto diverse – ipotesi del licenziamento illegittimo e della impugnazione del termine nullo. Giacché mentre nel primo caso il rapporto tra le parti è ormai esaurito e definitivamente compromesso, specie se a dettare la decisione di recesso sia una lacerazione del rapporto fiduciario sanzionata col licenziamento disciplinare, nel secondo – come insegna una minima esperienza delle dinamiche sottese alla instaurazione dei rapporti a tempo determinato – il lavoratore coltiverà, il più delle volte, magari incoraggiato dallo stesso datore di lavoro, una ragionevole aspettativa nel rinnovo e nella ripresa, in futuro, del rapporto di collaborazione. Per cui è diversissimo – nei due casi – l'atteggiamento del prestatore di lavoro quale riflesso della sua posizione sostanziale: il lavoratore che intende reagire contro un licenziamento illegittimo, ancorché solo per massimizzare le possibilità risarcitorie che gli mette a disposizione l'art. 18 della l. n. 300 del 1970, non avrà remore ad impugnare il negozio di recesso rispettando la sequenza – che è qui del tutto opportuna, prima ancora che ragionevole – fissata, a pena di decadenza, dal nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966; per contro, il prestatore di lavoro che abbia titolo per proporre l'azione di nullità del termine apposto al contratto sarà costretto a compiere – in una posizione di ovvia debolezza – una scelta difficilissima, dovendo nei sessanta giorni dalla scadenza sciogliere il dilemma tra l'esercizio del diritto e la speranza che il datore lo reimpreghi in cambio di un atteggiamento "collaborativo" e acquiescente (o per meglio dire remissivo). E non è difficile prevedere che il datore di lavoro – tenuto comunque al rispetto dell'intervallo minimo previsto dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 – possa essere opportunisticamente indotto a prospettare l'eventuale rinnovo del rapporto all'indomani della scadenza del termine decadenziale d'impugnazione introdotto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010.

È per tali pressanti ragioni che detta norma si espone alla doppia censura di incostituzionalità per contrasto tanto con l'art. 3, quanto con l'art. 24 Cost.¹⁰³. Ed un ulteriore profilo di censura (esso stesso, peraltro, rilevante anche sul piano costituzionale per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost.) è prospettabile, per le medesime ragioni, con riguardo alla violazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, ed in particolare alla clausola 5, relativa al divieto di abuso del contratto a tempo determinato (laddove impone, in particolare, un sistema di rimedi comunque

¹⁰³ In tal senso, tra gli altri, seppure in termini meno netti di quelli qui prospettati, G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni*, cit., p. 894. In senso risolutamente contrario, sull'assunto della piena ragionevolezza delle scelte effettuate dal legislatore, v. invece, tra le altre, le voci di A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 904, e di P. Tosi, *Il contratto a termine*, cit., p. 476.

effettivo e dissuasivo, a prescindere dalla tipologia di sanzioni discrezionalmente scelta dal legislatore nazionale, mentre qui risulterebbe vanificata, di fatto, la possibilità stessa di avvalersi di un tale sistema), e, verosimilmente, alla clausola 8.3, sul divieto di regresso generalizzato del livello di tutela esistente nell'ordinamento interno, pur nei termini deboli nei quali tale principio (inidoneo a porre un preceitto produttivo di effetti diretti) è interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰⁴.

Il richiamo della clausola di non regresso è utile anche per introdurre la discussione in ordine all'altro nodo problematico, sotto il profilo del rispetto dei principi comunitari e costituzionali, della nuova disciplina del lavoro a termine. È innegabile, infatti, che nel caso in cui non si ritenesse di dover accogliere la lettura correttiva e costituzionalmente orientata in precedenza richiamata, il nuovo regime indennitario introdotto dall'art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010, in luogo dei rimedi già desunti, alla stregua del "diritto vivente", dai comuni principi civilistici in tema di *mora acciendi* e di risarcimento del danno, sarebbe idoneo a realizzare una drastica riduzione del livello generale di tutela previsto dall'ordinamento nazionale, in violazione della clausola 8.3 dell'accordo quadro allegato alla direttiva europea.

La Corte di giustizia accoglie certamente una interpretazione debole della clausola di non regresso, come ormai emerge chiaramente dalla sua giurisprudenza più recente; talché, come è stato efficacemente osservato, "solo eccezionalmente [essa] pare in grado di limitare le scelte degli Stati membri in sede di trasposizione"¹⁰⁵, dando piena conferma all'opinione espressa dall'Avvocato generale Kokott¹⁰⁶ nel senso che "a fronte di un ampio ambito di applicazione *ratione materiae* della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro [...] il suo contenuto dispositivo risulta, invece, relativamente modesto".

Non per questo, però, la clausola può esser ridotta ad un guscio vuoto privo di qualunque contenuto sostanziale. E l'art. 32, ai commi 5, 6 e 7, del Collegato lavoro sembra varcare quella soglia di "eccezionalità" oltre la quale persino la perplessa e problematica clausola di non regresso della direttiva europea sul contratto a termine riesce a vietare una così incisiva *reformatio in peius* da parte del legislatore nazionale.

¹⁰⁴ Oltre alla recente sentenza *Sorge*, già citata alla nota 24, v. soprattutto le precedenti decisioni della Corte di giustizia UE del 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adeneler*, e del 23 aprile 2009, nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07, *Angeldidaki et al.*, su cui v. tra gli altri M. Delfino, P. Saracini, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, pp. 404 sgg. Nella vasta letteratura sul principio di non regresso contenuto nelle direttive europee di nuova generazione v. inoltre, da ultimo e per tutti, con specifico riferimento alla normativa in materia di contratto a termine, M. Lozito, *L'apposizione del termine nell'art. 1, d. lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pp. 139 sgg.

¹⁰⁵ C. Kilpatrick, *The European Court of Justice and Labour Law in 2009*, in *Industrial Law Journal*, 2010, p. 287 pp. sgg., qui p. 294.

¹⁰⁶ Al punto 67 delle sue conclusioni nella causa *Angeldidaki*. Come ben sintetizza G. Ferraro, *L'evoluzione del quadro legale*, cit., p. 12 (nota 149), le clausole di non regresso operano essenzialmente come "clausole di trasparenza". In tal senso, esse assumono una valenza di tipo prevalentemente procedurale, come suggerisce in maniera piuttosto esplicita la formulazione che si ritrova, da ultimo, nell'art. 9.2 della direttiva 104/2008/CE, alla cui stregua il vincolo del non regresso lascia impregiudicati i diritti degli Stati membri o delle parti sociali, "tenuto conto di eventuali cambiamenti della situazione, di emettere disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse" da quelle in essere al momento della approvazione della direttiva, naturalmente nel rispetto dei requisiti minimi dalla stessa dettati.

Da ultimo con la sentenza *Sorge*, la Corte di giustizia ha precisato che il controllo del giudice nazionale sul rispetto della clausola 8.3 della direttiva passa in buona sostanza per un *test* articolato su una triplice scansione.

In primo luogo, occorre verificare – applicando un criterio essenzialmente quantitativo¹⁰⁷ – se la riforma introdotta dal legislatore comporti una riduzione (nel nostro caso) dei rimedi sostanziali disponibili contro la illegittimità del termine “tale da influenzare complessivamente il livello di tutela applicabile nell’ordinamento giuridico interno ai lavoratori con un contratto a tempo determinato”¹⁰⁸. Mentre una tale evenienza è in principio da escludersi allorché la *reformatio in peius* colpisca una “ristretta categoria di lavoratori” (come la Corte sembra suggerire nel caso in discussione in *Sorge*, relativo alla annosa vicenda dei dipendenti a tempo determinato di Poste Italiane), ad opposte conclusioni pare doversi giungere nei casi in cui – come nella specie – la riduzione della tutela è formulata, *ratione personae*, in termini generali ed onnicomprensivi, ed oltretutto riferita, con effetti retroattivi, anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge (art. 32, comma 7)¹⁰⁹.

In secondo luogo, la Corte di giustizia, rinviando stavolta a un criterio di tipo prevalentemente qualitativo, esige che la modifica della legislazione nazionale sia “valutata tenendo presenti le altre garanzie previste al fine di assicurare la tutela dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato”¹¹⁰. Esige, in altre parole, di verificare, utilizzando il criterio del conglobamento, “se la riduzione delle tutele garantite ai lavoratori a termine in occasione della trasposizione della direttiva sia stata compensata dall’innalzamento di altre forme di tutela in favore dei lavoratori stessi”¹¹¹. Evenienza che pare francamente di dover escludere senza tentennamenti nel caso di specie, non potendosi certo sostenere che la riduzione delle tutele prevista dal comma 5 dell’art. 32, l. n. 183 del 2010, risulterebbe compensata dal fatto che il legislatore nazionale ha deciso di mantenere la sanzione della conversione del rapporto, pur non essendovi tenuto né in forza dalla direttiva europea né in ossequio ai principi costituzionali¹¹². È infatti sin troppo facile obiettare che la *conferma* del meccanismo della conversione, quale già operante nel sistema alla stregua di un diritto vivente consolidatosi nel vigore della l. n. 230 del 1962, non può fungere da elemento compensativo della *reformatio in peius* attuata dal Collegato. Semmai, l’eventuale soppressione di quel meccanismo avrebbe – all’evidenza – reso ancor più incisiva e manifesta (potremmo dire, conclamata) la riduzione del livello generale di tutela già assicurato dall’ordinamento ai lavoratori a tempo determinato.

¹⁰⁷ V., anche per la giusta sottolineatura dei molti aspetti problematici insiti nell’applicazione d’un siffatto criterio da parte del giudice, L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine*, pp. 1055 sgg.

¹⁰⁸ Punto 44 della sentenza.

¹⁰⁹ Per i quali, all’evidenza, si prospettano problemi aggravati anche sul piano della legittimità costituzionale, sempre con inevitabile riferimento ai parametri desumili dagli artt. 3, 24, 101 e 102 Cost., oltre che (ai fini di cui all’art. 117, comma 1, Cost.) dalla norma interposta dell’art. 6 della Convenzione di Roma. Cfr. le ordinanze (cite *supra*, alla nota 6) con le quali il Tribunale di Trani e la Cassazione hanno sollevato la relativa questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, nonché, in dottrina, B. Cossu e F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione”*, cit., p. 898.

¹¹⁰ Punto 46 della sentenza.

¹¹¹ L. Zappalà, *op. cit.*, p. 1056.

¹¹² È l’argomento avanzato da P. Tosi, *Il contratto a termine*, cit., p. 476.

Infine, ed è il *test* più problematico¹¹³, occorre verificare (con onere della prova incombente sullo Stato membro) che la riduzione del livello di tutela, ove sussistente nei termini sostanziali appena considerati, non sia collegata alla attuazione della direttiva, ma sia piuttosto rivolta ad attuare un diverso obiettivo di politica sociale o del lavoro legittimamente perseguito, nell'ambito delle proprie valutazioni sovrane, dal legislatore nazionale. Sennonché, ci sembra che neppure questo criterio – forse il più duttile e accomodante (e se si vuole il più manipolabile) anche rispetto operazioni di ri-regolazione a forte connotazione politico-ideologica come quella in discussione – possa essere facilmente eluso nel nostro caso.

Qui, infatti, lo scopo del legislatore è – al fondo – null'altro che la riduzione netta e generalizzata delle tutele già riconosciute ai lavoratori in funzione della riduzione dei costi che la violazione delle regole sul contratto a termine impone alle imprese alla stregua del diritto vivente. In altre parole, lo scopo del legislatore è *proprio la reformatio in peius* vietata dalla clausola 8.3 della direttiva. Il che significa, comunque, – anche a voler sostenere la prospettiva del corretto e ragionevole ri-bilanciamento degli interessi in gioco, come fanno i difensori della legittimità della scelta del legislatore – che la modifica del regime legale dei contratti a tempo determinato realizzata dalla l. n. 183 del 2010 è collegata all'attuazione dell'accordo quadro europeo.

6. Conclusioni

I rilievi che precedono dimostrano quanto siano fondati i dubbi di legittimità subito sollevati anche con riguardo al nuovo regime d'indennizzo contemplato – oltretutto con applicazione generalizzata anche ai giudizi già pendenti – dall'art. 32 del Collegato lavoro. Poiché la clausola di non regresso di cui all'art. 8.3 dell'accordo quadro non è suscettiva – come chiarito dalla Corte di giustizia¹¹⁴ – di efficacia diretta, il problema del contrasto del quinto, senso e settimo comma dell'art. 32 col diritto dell'Unione europea può essere sostanzialmente risolto in due modi: o – come in effetti propongono i fautori della lettura “correttiva” della disposizione, che si è prima ricordata – esplorando le risorse messe a disposizione del giudice dal canone della interpretazione conforme¹¹⁵; oppure, ove questa strada sia ritenuta impercorribile, facendo valere la violazione della clausola di non regresso come vizio di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.¹¹⁶.

¹¹³ Lo si indica qui per terzo per esigenze di chiarezza analitica, ma a ben vedere questo *test* appartiene a una fase prodromica di verifica della riconducibilità della riforma legislativa alla attuazione stessa della direttiva, e dunque alla sfera di incidenza della clausola di non regresso. Si rinvia sul punto a M. Lozito, *L'apposizione del termine*, cit., pp. 156 e 159 sgg.

¹¹⁴ Da ultimo nella sentenza *Sorge*, al punto 50.

¹¹⁵ V. ancora il punto 51 della sentenza *Sorge*.

¹¹⁶ Nella prospettiva già indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza *Granital*, n. 170 del 1984: v. per tutti, G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma e Bari, 2010, p. 195; P. Manzini, *I rapporti tra norme comunitarie e norme italiane*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, *Diritto del lavoro. Commentario diretto* da F. Carinci, Torino, 2010, pp. 111 sgg., spec. pp. 124-125, nonché, con ampi riferimenti al dibattito dottrinale in tema, M. Lozito, *L'apposizione del termine*, cit., 159. Ad ogni modo, deve considerarsi sempre la possibilità della attivazione del rimedio della responsabilità dello Stato per violazione della clausola 8.3 della direttiva, sulla base della dottrina *Francovich* (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) e dei suoi successivi sviluppi (sui quali v., in sintesi, sempre G. Gaja, A. Adinolfi, *op. cit.*, pp. 179 sgg.).

Il riferimento a tali previsioni costituzionali può del resto valere per un'altra disposizione della direttiva comunitaria, che pure sembra invocabile nella specie quale norma interposta nella valutazione di costituzionalità del “blocco” costituito dai commi 5-7 dell'art. 32 del Collegato. Specie se letto in collegamento coi vincoli derivanti al legislatore nazionale dalla clausola 8.3, anche l'utilizzo del parametro della effettività e del concreto carattere dissuasivo delle sanzioni e dei rimedi in caso di utilizzo abusivo del contratto a termine, quale rigorosamente interpretato dalla Corte di giustizia, contribuisce invero a far dubitare della conformità delle disposizioni in esame alla previsione di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva.

Né meno seri appaiono, d'altra parte, i dubbi sulla ragionevolezza del nuovo regressivo apparato di tutela alla luce dell'art. 3 Cost. Le ordinanze più volte evocate¹¹⁷ con cui il Tribunale di Trani e poi la stessa Corte di cassazione hanno rimesso la relativa questione alla Corte costituzionale li hanno puntualmente ed assai efficacemente indicati, onde non pare il caso di diffondersi qui in una loro dettagliata illustrazione.

Sarebbe peraltro prematuro e azzardato tentare di sciogliere, oggi, la questioni sinora prospettate¹¹⁸. In attesa del nuovo intervento della Corte costituzionale, saranno come sempre gli effettivi orientamenti che maturerà la giurisprudenza a fornire – nel tempo – le risposte ai dubbi e agli interrogativi che si sono posti. Quello che sembra certo – e che possiamo assumere a mo' di non consolante conclusione di questa analisi critica – è che la legge n. 183 del 2010 è con ogni probabilità destinata in partenza a frustrare uno degli obiettivi fondamentali perseguiti dal legislatore in funzione della cosiddetta “modernizzazione” del nostro sistema di diritto del lavoro: quello di ridurre il contenzioso, in particolare in materia di contratti a tempo determinato.

¹¹⁷ V. *supra*, in particolare alle note 6 e 62.

¹¹⁸ Come le altre prospettate con riferimento ad altri parametri costituzionali, ed in particolare agli artt. 24, 101 e 102 (v. sempre l'ordinanza del 20 dicembre 2010 del Tribunale di Trani) ovvero ancora, più discutibilmente, all'36 Cost. (su cui v. B. Cossu, F. M. Giorgi, *Novità*, cit., p. 896; l'ordinanza 28 gennaio 2011 della Cassazione, pure citata alla nota 6, esclude la invocabilità nella specie del principio della giusta retribuzione). La Corte di Cassazione ha peraltro sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento, altresì, all'4 Cost., con ragionamento di notevole interesse nella valorizzazione di una norma tanto centrale nell'impianto lavoristico della Costituzione repubblicana quanto controversa nei suoi concreti effetti di vincolo sul legislatore (sia permesso il rinvio a S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *Inf. prev.*, 2006, pp. 287 sgg.). Comune alle due ordinanze di rimessione al giudice delle leggi è anche il richiamo degli artt. 11 e 117 Cost. in relazione alla sospetta violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che nell'attribuire il diritto al giusto processo vieta al potere legislativo di intromettersi nella amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia ovvero (come in questo caso) di una categoria di controversie.

Le RSA ieri, oggi; e domani?*

Gaetano Natullo

1. Premessa e delimitazione dell'analisi	58
2. L'art. 19 St. lav. "ieri": contenuti e ratio della originaria disciplina delle RSA	58
3. L'art. 19 St. lav. "oggi": le RSA dopo il referendum	62
4. (Segue) RSA versus RSU?	68
5. Un tentativo di bilancio. Le rappresentanze sui luoghi di lavoro "dopo" le (attuali) RSU ed RSA	72
6. Una norma disattesa: l'art. 29 St. lav.	74

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 116/2011

1. Premessa e delimitazione dell'analisi

Nell'economia del volume in cui si inserisce questo commento, un contributo sull'art. 19 dello Statuto prospetta comprensibili difficoltà di circoscrivere l'indagine, in ragione del fatto che non solo si ha riguardo ad una delle norme più significative della legge del 1970, ma che, soprattutto, la norma disciplina un istituto (per meglio dire un "organismo"), che ha costituito un pezzo essenziale della storia sindacale e delle relazioni industriali del nostro paese e le cui vicende sono indissolubilmente intrecciate con altri istituti (ed organismi) e problematiche: basti pensare in generale al tema della (maggiore) rappresentatività sindacale o, più in particolare, alle rappresentanze sindacali unitarie (da ora RSU), affiancate dai primi anni '90 alle rappresentanze sindacali aziendali (da ora RSA).

Se poi si considera anche che l'art. 19 St. lav., come noto, ha subito una importante modifica nel 1995, a seguito dell'esito positivo del referendum all'epoca proposto, si può comprendere la difficoltà di racchiudere in poche pagine un commento alla norma che non rischi di essere dispersivo e superficiale, in considerazione dei tanti nodi che la disciplina delle RSA ed il funzionamento delle stesse presentano, con riferimento all'ordinamento giuridico statale ed all' "ordinamento intersindacale".

Pertanto, si ritiene opportuno circoscrivere i confini di questo contributo, che si intende limitare al nucleo normativo dell'art. 19 St. lav., considerandone: l'evoluzione rispetto alla originaria disciplina del 1970 e la sua implementazione nel diritto vivente, alla luce degli orientamenti della dottrina e giurisprudenziali. Con l'obiettivo di verificare il grado di coerenza di tale evoluzione rispetto alla *ratio* sottesa alla disciplina del 1970, e di valutare il grado maggiore o minore di attualità e rilevanza della norma nel contesto giussindacale e delle relazioni industriali, in considerazione, evidentemente, del decisivo evento della riforma contrattuale della rappresentanza sui luoghi di lavoro, avutosi nel 1993 con la nascita della RSU.

2. L'art. 19 St. lav. "ieri": contenuti e ratio della originaria disciplina delle RSA

Nel ripercorrere l'evoluzione della disciplina delle RSA, è opportuno partire dalla osservazione, rilevante ai fini di una migliore comprensione delle dinamiche legislative ed in genere regolative delle rappresentanze aziendali, che, come tutta la materia "sindacale", si tratta di un'area particolarmente "sensibile" rispetto all'intervento del legislatore, in ragione della storica diffidenza fondata su più o meno condivisibili ragioni di tutela della libertà sindacale e di prevalenza dell'autonomia sindacale (collettiva) rispetto alla regolazione eteronoma.

Da qui, per certi versi, l'affermarsi di un circuito "vizioso" che, a partire dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost., nei commi successivi al primo, ha determinato il progressivo consolidarsi di regole (prassi) autonomamente determinate dagli attori sindacali, con una sostanziale formazione extralegislativa dell' "ordinamento intersindacale"¹¹⁹, che a sua volta ha reso meno "necessaria", e sicuramente più complicata, la produzione di regole legislative condivise, in grado di impattare in maniera non traumatica sulla concreta realtà delle relazioni sindacali¹²⁰.

¹¹⁹ Nella classica ricostruzione di GIUGNI, in *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

¹²⁰ Per tutti, V. la ricostruzione di ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, il Mulino, 1985, p. 132 ss.

Di tutto ciò è chiara espressione proprio l'art. 19 St. lav. Infatti, nel complessivo impianto della legge 20 maggio 1970 n. 300, l'art. 19 si segnala per contenere il primo intervento legislativo sulle rappresentanze nei luoghi di lavoro. Ma, come è noto, e per ricorrere alle parole di chi ha avuto un ruolo decisivo nell'elaborazione del testo legislativo, è "una normativa che, però, è di sostegno della presenza e dell'attività sindacale, non di regolamentazione della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro"¹²¹. Ciò, oltre che per ragioni di carattere sistematico, di coerenza con l'intero progetto legislativo, anche per motivi di compatibilità con il generale assetto "anomico", sopra ricordato, delle relazioni industriali, ed, in particolare, con l'assetto delle relazioni, e delle rappresentanze, sindacali nei luoghi di lavoro, all'epoca esistente¹²².

Per le ragioni appena ricordate, dunque, il legislatore del 1970, nel regolare (sostenere) la presenza sindacale sui luoghi di lavoro, "decide di non decidere" circa il modello organizzativo da seguire ed i tratti connotativi delle "nuove" RSA. Dovendo fare i conti con realtà aziendali, com'è noto, in quegli anni contraddistinte da successioni/sovraposizioni di forme di rappresentanza riconducibili alle grandi associazioni sindacali (Sezioni Sindacali Aziendali - S.A.S.) e di rappresentanze invece espressione più o meno diretta dei lavoratori (Commissioni interne, Delegati, Consigli di fabbrica), il legislatore sceglie di non scegliere e, con una strategia tecnica e politica di grande sagacia, lascia aperte le porte ad entrambe le possibili soluzioni (modelli): sia quella "movimentista-diretta", sia quella "associativa-istituzionale", predisponendo un abito per tutte le taglie o, come è stato detto, un "guscio vuoto"¹²³, riempibile con contenuti (forme di rappresentanze), riconducibili all'uno piuttosto che all'altro modello, o ad entrambi¹²⁴. Ciò, grazie al combinato delle due disposizioni secondo cui, per un verso, le RSA vengono costituite *ad iniziativa dei lavoratori*, ma, per altro verso, devono essere costituite *nell'ambito* delle organizzazioni sindacali, come (allora) individuate secondo i due criteri previsti dalla norma stessa.

Di certo, comunque, il legislatore aveva ben presente chi dovesse giocare un ruolo decisivo nell'orientare le nuove RSA verso l'uno o l'altro dei modelli organizzativi: i grandi sindacati confederati storici, verso cui indirizzavano i due criteri selettivi dell'art. 19, e più esplicitamente quello sub a). In definitiva, dunque, può dirsi che il legislatore non impone il modello, ma il sarto o, per meglio dire, l'*atelier*, con l'obiettivo, appunto, di "sostenere" quest'ultimo (l'*atelier* confederale), nel non facile compito di riordinare i "lavoratori" aziendali e riassemblare stoffa e abiti vecchi e nuovi per dare vita alle nuove strutture rappresentative nei luoghi di lavoro.

La scelta di politica del diritto sottesa all'art. 19 St. era destinata ad avere successo, come ha avuto per diversi anni, per il fatto che, all'epoca, non vi era reale alternativa al "monopolio" rappresentativo delle tre grandi confederazioni storiche (Cgil, Cisl, Uil); monopolio inoltre rafforzato dalla volontà di queste ultime, in quegli anni, a sviluppare un percorso unitario, che porterà nel 1972 al Patto Federativo.

¹²¹ GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006, p. 80-81.

¹²² Tra i tanti, cfr. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 117 ss.; FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 61 ss.; TREU, *Statuto dei lavoratori*, in ED, XLIII, 1990, Giuffrè.

¹²³ ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in RIDL, 1996, n. 2, p. 117.

¹²⁴ Tra i tanti: GIUGNI, CURZIO, *Commento all'art. 19*, in GIUGNI (diretto da) *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, p. 325 ss.; TREU, *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè, 1970, spec. p. 202 ss.; GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, 1976; MANCINI, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori*, in RTDPC, 1971, p. 766 ss. Più di recente FONTANA, *Profilo della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, 2004, p. 4 ss.

Anche in quest'ottica, il legislatore del 1970, all'art. 29 ha previsto l'ipotesi di fusione delle R.S.A., regolandone le conseguenze sull'esercizio dei diritti sindacali in modo da non renderla penalizzante (sul punto v. *infra* par. 6).

Così, i sindacati confederali storici hanno avuto buon gioco nel riassorbire le istanze movimentiste dal basso e nel monopolizzare le nuove RSA, da un lato riconoscendo ufficialmente i nuovi Consigli dei Delegati come strutture di base delle stesse organizzazioni federate; dall'altro lato, pur formalmente conservando l'investitura "dal basso" (iniziativa dei lavoratori) comunque garantendosi, sia nello stesso Patto federativo, sia nelle previsioni della contrattazione collettiva nazionale, che nei nuovi organismi di rappresentanza fossero presenti propri delegati¹²⁵.

In tal modo, con l'art. 19 il legislatore, oltre a dare generale impulso ad una nuova maggiore diffusione del sindacato nei luoghi di lavoro, determinava anche un elemento essenziale per la creazione di quel circuito chiuso, virtuoso o vizioso a seconda di chi lo guardi, per cui i sindacati allora più rappresentativi (e non vi era alcun dubbio su quali fossero), attraverso il nuovo "sostegno" legislativo, rinsaldassero ed istituzionalizzassero il loro posizionamento (anche) all'interno delle aziende, in tal modo accrescendo in maniera esponenziale la loro complessiva "maggiore rappresentatività".

Al successo del progetto legislativo, come sopra riassunto, ha contribuito anche il "diritto vivente", avendo la giurisprudenza assunto posizioni sostanzialmente omogenee a quel disegno ed alla sua implementazione nella realtà delle relazioni industriali.

In questa direzione ha operato in primo luogo la stessa Corte costituzionale, che in diverse occasioni ha avuto modo di confermare la piena legittimità della norma statutaria e del meccanismo selettivo da essa previsto¹²⁶, attraverso la oramai classica distinzione tra norma "permissiva" e norma "definitoria" (come viene qualificato l'art. 19 St. lav.), che ne salva la compatibilità con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, e la valutazione di ragionevolezza della "disparità di trattamento" (ai sensi art. 3 Cost.) tra RSA ed altre eventuali diverse rappresentanze sui luoghi di lavoro¹²⁷.

Allo stesso modo, la Corte cost.:

- a) salva anche i criteri selettivi utilizzati dalla norma, che andavano come detto a privilegiare i sindacati confederali "storici";
- b) considera legittimo il riferimento al livello confederale piuttosto che di categoria (come invece previsto nell'art. 39 Cost.), rilevando la non sindacabilità di scelte legislative che tendano a privilegiare livelli di maggiore aggregazione sindacale (confederale piuttosto che di categoria), *al fine di ricomporre le spinte particolaristiche in un quadro unitario*¹²⁸;

¹²⁵ V. GOTTAUDI, *Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda*, Cedam, 1989, *passim*.

¹²⁶ In generale e per tutti v. l'approfondita ricognizione di RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 137 ss.; Da ultimo, BOLEGO, *L'attività sindacale. I soggetti*, in ZOLU (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. CARINCI*, I, 2007, p. 149 ss.

¹²⁷ V. C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, in *FI*, 1974, I, c. 1963.

¹²⁸ C. Cost. 24 marzo 1988 n. 334, in *FI*, 1988, I, c. 1774. V. anche, successivamente al referendum del 1995, C. Cost. 4 dicembre 1995 n. 492, in *NGL*, 1995, p. 693. In tema v. ZOPPOLI A., *Rappresentanze sindacali aziendali e sindacalismo «professionale»*, in *ADL*, 1997, n. 4, p. 219 ss.

c) afferma che le due norme in questione attengono a momenti (attività) diverse (la contrattazione collettiva nazionale efficace *erga omnes*, l'art. 39 Cost.; la rappresentanza ed attività sindacale sui luoghi di lavoro, l'art. 19 St. lav.).

Infine, anche sulla scorta di precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità (v. *infra*) chiude ogni possibile strada per l'aggiramento dei paletti predisposti dalla legge e ben piantati dallo stesso Giudice delle leggi, negando la possibilità di estensione, mediante accesso pattizio, dei diritti sindacali a rappresentanze costituite nell'ambito di associazioni sindacali non dotate dei requisiti di cui all'art. 19 St. lav., essendo tale accesso strutturalmente legato al mero potere di accreditamento del datore di lavoro, senza alcuna garanzia oggettivamente verificabile¹²⁹.

Anche i prevalenti orientamenti della giurisprudenza ordinaria (di legittimità e di merito) hanno sostanzialmente avvalorato interpretazioni della norma statutaria coerenti con l'impostazione progettuale e le finalità immaginate e perseguite dal legislatore.

Sul piano del raccordo tra iniziativa dei lavoratori e "ambito" sindacale, la giurisprudenza, confermando la valutazione di un meccanismo idoneo "a contemperare razionalmente ed armonicamente i diritti dei lavoratori e dei sindacati nel momento in cui l'iniziativa dei primi si deve riflettere nell'ambito dei secondi"¹³⁰, ha inteso in maniera molto elastica quel raccordo, facendo in buona sostanza salvi tutti i possibili modi e meccanismi, anche quelli più elastici.

Quanto al requisito dell'iniziativa, vero è che dunque l'iniziativa spetta ai lavoratori, ma la libertà concessa (voluta) dal legislatore ha condotto a ritenere congrui i più svariati comportamenti (e manifestazioni di volontà), non necessariamente formali ed esplicativi, consentendo anche la semplice richiesta/delega alle organizzazioni sindacali o la "ratifica" della costituzione effettuata da queste ultime¹³¹. Qualche difformità di vedute si è registrata solo in merito alla possibilità che tale iniziativa fosse, oltre che di una pluralità di lavoratori, anche solo individuale¹³².

Ampi margini di elasticità/discrezionalità sono stati riconosciuti poi alle modalità del raccordo con le organizzazioni sindacali, relativamente al quale vengono praticamente ammesse tutte le forme di "riconoscimento" da parte del sindacato della struttura rappresentativa costituita/avviata su iniziativa dei lavoratori; con l'unica, ovvia, condizione, che il "riconoscimento" avvenga da parte di una struttura sindacale a carattere "associativo", con esclusione di forme organizzative diverse (coalizioni spontanee, occasionali, ecc.).

Il carattere "associativo" delle RSA viene poi confermato anche dall'affermazione della "necessarietà" del riconoscimento sindacale, e dunque della impossibilità di costituire la RSA in caso di rifiuto da parte dell'associazione sindacale¹³³.

¹²⁹ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, in *GI*, 1990, I, p. 1337.

¹³⁰ Cass. 3 dicembre 1982 n. 6579, in *NGL*, 1982, n. 481.

¹³¹ V. Cass. 23 maggio 1991 n. 5801, in *NGL*, 1991, p. 618; Cass. 16 giugno 2000 n. 8207, in *OGL*, 2000, I, p. 907. In dottrina, cfr. DE LUCA TAMAO, ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *ED*, XXXVIII, 1987, p. 609 ss.

¹³² V. il relativo dibattito in: BOLEGO, *op. cit.*, p. 133; DI CERBO, *Sub art. 19*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, II, Giuffrè, 2009, III ed., p. 991 ss.

¹³³ Cass. Sez. Un. 8 dicembre 1981 n. 5057, in *GC*, 1982, I, p. 106; Cass. 23 novembre 1983 n. 7435, in *MGL*, 1984, p. 279.

Ancora, anticipando come detto la pronuncia della Corte cost. nel 1990, censura, per violazione dell'art. 17 St. (sindacati di comodo) con la possibilità di riconoscimento da parte del datore di lavoro, in via pattizia, della "qualità" di RSA, ai fini del godimento dei diritti sindacali¹³⁴.

Infine, o innanzitutto, funzionali al disegno ed alla sua implementazione sono risultati anche i criteri giurisprudenziali di individuazione dei sindacati legittimati a costituire RSA (per l'esattezza nell'ambito dei quali costituire le RSA) secondo i due criteri di c.d. rappresentatività "storica" (di cui alla lettera a) e "tecnica" (sub b)¹³⁵: nel primo caso, parametri come la diffusione su tutto il territorio nazionale, la equilibrata presenza nelle diverse categorie, l'effettiva azione sindacale (e più in concreto contrattuale), ovviamente erano sintonici rispetto alla primazia dei sindacati confederali storici; nel secondo caso, qualche spazio in più lasciava il criterio della stipulazione di contratti nazionali o provinciali, dunque con esclusione dei contratti di livello aziendale (ossia del livello potenzialmente più "sganciabile" rispetto al controllo delle principali centrali sindacali), criterio peraltro rafforzato dall'orientamento prevalente volto a privilegiare l'effettiva partecipazione all'attività contrattuale, escludendo la rilevanza anche di una mera successiva adesione a contratti negoziati e conclusi da altri¹³⁶; posizione che sarà ripresa anche con maggior efficacia in sede di valutazione dei requisiti ex art. 19 St. lav. dopo la sua modifica referendaria.

3. L'art. 19 St. lav. "oggi": le RSA dopo il referendum

Il disegno legislativo di cui è espressione l'art. 19 St. lav., nella sua vecchia formulazione, ha avuto dunque buon esito ed ha felicemente funzionato per circa un decennio, "sostenendo" il consolidamento del sindacato, prevalentemente come s'è detto di quello confederale, nei luoghi di lavoro, favorendo il riassorbimento degli eccessi spontaneisti e "autonomisti" diffusi alla fine degli anni '60 ed evitando l'eccessiva disarticolazione delle rappresentanze sindacali sui luoghi di lavoro.

In effetti, per i primi anni dopo l'intervento legislativo, l'art. 19 St. lav. sembrò anche garantire, sotto la veste (modello) del "canale unico", della rappresentanza sui luoghi di lavoro, un mirabile equilibrio tra "movimento", dal basso, e "organizzazione", dall'alto, ma già nella seconda metà degli anni '70 l'equilibrio progressivamente si è spostato verso il secondo fattore, e le RSA inesorabilmente tendevano a costituire articolazione organizzativa periferica delle principali associazioni sindacali, piuttosto che soggetti rappresentativi di tutti i lavoratori dell'azienda (unità produttiva), in questo senso alterando anche l'"essenza" del modello di rappresentanza (canale unico) teoricamente presa a riferimento¹³⁷.

Se, come detto e generalmente riconosciuto, quel progetto, e dunque il sistema di rappresentanza "indirizzato" dall'art. 19 St. lav., si reggeva attraverso il sostegno al circuito autoreferenziale poggiato su di una rappresentatività in realtà più "presunta" che "verificata" dei sindacati storici, l'indebolirsi della capacità rappresentativa effettiva di questi ultimi non poteva non ripercuotersi

¹³⁴ V. Cass. 7 febbraio 1986 n. 783, in *MGL*, I, p. 345; Cass. 19 marzo 1986 n. 1913, in *RIDL*, 1996, II, p. 699; Cass. 5 dicembre 1988 n. 6613, in *NGL*, 1989, p. 1.

¹³⁵ V. DE LUCA TAMAJO, ALAIMO, *op. cit.*, p. 612.

¹³⁶ Cass. 5 dicembre 1988 n. 6613, in *GC*, 1989, I, p. 289.

¹³⁷ Cfr. DE LUCA TAMAJO, ALAIMO, *op. cit.*

anche sulla tenuta di quel sistema, nel quale la progressiva moltiplicazione dei sindacati maggiormente rappresentativi, unitamente all'abbandono della prospettiva federativa unitaria di Cgil, Cisl, Uil, apriva una falla difficilmente colmabile¹³⁸.

Tutto ciò, in estrema sintesi, conduceva a risultati diametralmente opposti a quelli voluti dal legislatore dello Statuto: l'art. 19 non costituiva più lo strumento giuridico, nelle mani del sindacato confederale, per saldare le fratture tra lavoratori e sindacati nei luoghi di lavoro, quanto al contrario lo strumento di legittimazione della separazione tra Consigli di fabbrica "eletti ed abbandonati"¹³⁹, e svuotati di reale capacità di rappresentanza ed azione, ed RSA quali mere articolazioni organizzative delle diverse sigle sindacali; con le conseguenti ripercussioni anche sui meccanismi contrattuali a livello aziendale¹⁴⁰.

L'art. 19, in definitiva, rivela la vera debolezza del progetto statutario: quella cioè di essere sbilanciato sul versante del sostegno del sindacato (confederale) in azienda e della tutela di questi nei confronti del datore di lavoro; obliterando però di mettere a fuoco e considerare l'altra faccia della luna, più nascosta ma non meno importante, quella cioè di "sostenere" anche i lavoratori nei confronti di un ingiustificato "strapotere" dei sindacati stessi¹⁴¹.

Dalla seconda metà degli '80 si consolida dunque il dibattito critico, da allora inverno mai cessato, sulla esigenza di rivedere, in generale, il meccanismo selettivo della "maggiore rappresentatività", ed in particolare, e per quanto qui interessa, i criteri regolativi ai fini della costituzione delle rappresentanze sui luoghi di lavoro. La stessa Corte costituzionale, che nelle sue pronunce, sopra ricordate, degli anni '70, aveva sostanzialmente a sua volta "sostenuto" la normativa "di sostegno", nel 1990 segnala la ormai ineludibile esigenza di elaborare "(...) nuove regole ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato (...)"¹⁴².

Com'è noto, però, la montagna di materiale frutto del dibattito¹⁴³, tra cui diverse proposte di legge, è riuscita a partorire il solo topolino della riforma contrattuale delle rappresentanze sui luoghi di lavoro (RSU, cui si rinvia *infra*), a conferma dell'intolleranza agli interventi legislativi del nostro sistema giussindacale, "provocando" il rimaneggiamento referendario della norma dello Statuto (il che, peraltro, ha fornito altri alibi alla mancata adozione di riforme più radicali)¹⁴⁴.

¹³⁸ Per approfondimenti sul dibattito sulla (maggiore) rappresentatività sindacale e la sua crisi, tra i tanti e da ultimo, v. AIDLASS, *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*, Atti delle Giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989, Giuffrè, 1990; CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale. Fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000; FONTANA, *op. cit.*, spec. p. 31 ss., RUSCIANO, *op. cit.*, p. 216 ss.; SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, 2005.

¹³⁹ REGALIA, *Eletti e abbandonati. Modelli e stili di rappresentanza in fabbrica*, il Mulino, 1984.

¹⁴⁰ In generale, sul tema, v. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 243 ss.

¹⁴¹ Cfr. D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori rivisitato*, in LD, 1990, n. 2, p. 247 ss.; DE MOZZI, *Modello legale e modello contrattuale di rappresentanza dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro a confronto: una coesistenza problematica*, in DRI, 2008, n. 4, p. 1107.

¹⁴² C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, *cit.*

¹⁴³ Per il quale si rinvia agli autori citati *supra*, in nota 20. Sul punto v. anche, da ultimo, e con riferimento particolare alle rappresentanze nei luoghi di lavoro, BELLOMO, *Il sindacato nell'impresa*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Tomo I, *Il diritto sindacale* (coordinato da PROIA), in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Giappichelli, 2007, p. 134.

¹⁴⁴ Se si esclude la peculiare area delle amministrazioni pubbliche, ove in sede di riforma degli assetti regolativi del lavoro e delle relazioni sindacali (c.d. "contrattualizzazione" o "privatizzazione" del pubblico impiego), si è definita anche una disciplina dei criteri di

Veniamo dunque alla nuova formulazione dell'art. 19 St. lav., post-referendum, onde valutarne connotati ed assetto rispetto, da un lato, alla vecchia norma e, dall'altro lato, alle nuove rappresentanze "contrattuali" (RSU).

Dei due quesiti referendari proposti nel 1995, come si sa è stato approvato quello meno radicale (l'altro quesito proponeva infatti la completa abrogazione della norma dello Statuto), che ha eliminato il criterio di rappresentatività "storica" di cui alla lettera a) della norma originaria (associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative), parallelamente ampliando la portata del criterio di rappresentatività "tecnica" della lettera b) (associazioni firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva), con la possibilità di considerare contratti collettivi di qualsiasi livello, dunque anche aziendale, purché applicati nell'unità produttiva in cui si costituiscono le RSA.

L'accoglienza data alla modifica referendaria è stata controversa¹⁴⁵; in assenza ed in attesa di una più generale riforma della rappresentanza sindacale, non si può negare che il referendum abbia avuto il merito di "sgombrare elegantemente il campo da distorsioni, equivoci e arbitrii connessi con l'ormai incerta regola della 'maggiore rappresentatività' e di conservare, nel contempo, la configurazione dell'istituto della rappresentanza sindacale aziendale come organo periferico dell'associazione sindacale (...)"¹⁴⁶; ma, appunto, solo *in assenza ed in attesa di una più generale riforma della rappresentanza sindacale*; dunque in chiave meramente transitoria.

L' "accoglienza" della nuova norma scaturita dal referendum è stata infatti agevolata dalla introduzione per via negoziale delle nuove rappresentanze aziendali (RSU), che ha sollevato l'art. 19 St. lav. dal sostenere gran parte del peso della rappresentanza dei lavoratori sui luoghi di lavoro, rendendo meno "decisiva" la disciplina legale; e va dato atto alla modifica referendaria di aver risposto alle istanze volte ad eliminare privilegi consolidati ed a far emergere l'effettiva valenza rappresentativa, rivelata attraverso un parametro decisivo quale la dimostrata (come vedremo più innanzi) partecipazione all'attività contrattuale.

Ma da subito, come detto, non sono mancate le riflessioni critiche, per alcuni versi provenienti da direzioni opposte¹⁴⁷: se infatti si è, da un lato, evidenziato il rischio che la possibilità di costituire RSA da parte anche di associazioni sindacali firmatarie solo di contratti di livello aziendale, consente strategie datoriali al limite della antisindacalità, dall'altro lato è emersa la preoccupazione che il nuovo art. 19 St. lav. potesse segnare un cambiamento gattopardesco, in ragione

individuazione/selezione delle associazioni sindacali "rappresentative" (d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 43). Sul tema, v., per tutti e da ultimo, SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 320 ss.

¹⁴⁵ V., tra i tanti, ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in RIDL, 1996, I, p. 124 ss.; MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime applicazioni)*, in MARESCA, SANTORO PASSARELLI G., ZOPPOLI L., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in ADL, 1996, p. 28 ss.; MARIUCCI, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in DLRI, 1995, p. 203 ss.; SCARPONI, *op. cit.*, p. 98 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *La nuova disciplina delle R.S.A. dopo i referendum*, in DPL, 1995, n. 40, inserto, p. III ss.

¹⁴⁶ ICHINO, *op. cit.*, p. 125. L'affermazione dell'autore circa la natura strutturalmente organica, alle associazioni sindacali, delle RSA, si può condividere senz'altro in senso "sostanziale"; dal punto di vista teorico-formale, invece, è noto come il dibattito sia più articolato, tra tesi "favorevoli" e "contrarie". Sul punto, una sintetica quanto efficace ricostruzione in ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006, p. 122 ss.

¹⁴⁷ Una puntuale ricostruzione del dibattito è in SCARPONI, *op. cit.*, p. 98 ss.

dello strapotere contrattuale delle associazioni aderenti alle confederazioni sindacali storiche, che perpetua il rischio di autoreferenzialità. Con la differenza che ora “(...) lo Statuto dei lavoratori, con una vera petizione di principio, promuove, sostiene ed agevola l’attività contrattuale da parte dei sindacati che hanno già stipulato il contratto; consolida, cioè, una posizione di forza contrattuale già conseguita, ma non è in grado di promuoverla laddove manchi”¹⁴⁸.

Soprattutto, proprio in ragione del contesto sindacale nel quale si inserisce la novella dell’art. 19 St. lav. - contesto nel quale come detto sono le RSU le rappresentanze “primarie” dei lavoratori sui luoghi di lavoro - evidentemente si pone l’inevitabile domanda sull’effettiva portata ed efficacia della modifica referendaria di un istituto, la RSA, la cui valenza si prospetta, allora come oggi, sostanzialmente “sussidiaria” ed in un certo senso “patologica” rispetto al modello fisiologico (in quanto come tale regolato ed auspicato) di rappresentanza in azienda (RSU).

Sul punto si tornerà più avanti (v. *infra* par. 4). Prima, però, conviene completare un sintetico esame della nuova formulazione della norma statutaria, illustrandone i principali problemi interpretativi ed applicativi, anche in questo caso alla luce del diritto vivente.

Non si può, comunque, prescindere da una prima valutazione. È chiaro infatti che l’aver affidato la funzione selettiva all’unico criterio della stipula dei contratti collettivi (applicati nell’unità produttiva) crea un circuito vizioso (o virtuoso, a seconda di chi lo valuti): se infatti i contratti collettivi a livello più basso (aziendale) - ossia il *locus* ove teoricamente è più agevole un maggior pluralismo sindacale, e dunque la possibilità per sigle (“minori”) non aderenti alle maggiori associazioni confederali, di “procurarsi” il *pass* di rappresentatività utile ai fini della costituzione di RSA - sono stipulati proprio dalle RSU (unitamente ai delegati delle associazioni firmatarie dei contratti nazionali), ne consegue che quel percorso viene sostanzialmente negato, lasciando aperta la sola strada alternativa di contratti nazionali o provinciali (dove ovviamente gli spazi per i “piccoli” sono ridotti). Tanto più che, come si dirà poco più avanti, anche la nozione di “contratto collettivo” ai fini dell’art. 19 St. lav. è stata oggetto di letture non certo particolarmente “elastiche”.

Ed in effetti, già sulla base di queste prime osservazioni una profonda interruzione di continuità rispetto alla *ratio legis* originaria sembra doversi rinvenire nei presupposti ed obiettivi della nuova formulazione. Se infatti finalità dichiarata della norma originaria era quella di consentire al sindacalismo confederale, presuntivamente più rappresentativo, un progressivo processo osmotico di riassorbimento, nelle RSA, delle rappresentanze a carattere spontaneistico-assembleare autonomamente introdotte dal movimento dei lavoratori alla fine degli anni ’70, obiettivo del referendum, anche nel suo esito solo parzialmente abrogativo, è invece l’esatto contrario: quello cioè di rompere il monopolio dei sindacati confederali anche a livello aziendale, e di “liberare” la rappresentanza nei luoghi di lavoro, attraverso il varco di una rappresentatività “verificata”, dunque effettiva e non presunta. Obiettivi, del resto esplicitati dalla stessa Corte costituzionale in sede di valutazione di ammissibilità del referendum¹⁴⁹, ove la Consulta individuava lo scopo referendario proprio nell’abbassamento a livello aziendale della soglia di verifica della (effettiva) rappresentatività sindacale.

¹⁴⁸ GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 68.

¹⁴⁹ C. Cost. 12 gennaio 1994 n. 1, in *FI*, 1994, I, c. 306, con nota di ROMBOLI.

Dalle osservazioni sinora svolte, sembra comunque doversi giungere alla conclusione che quel cambiamento, in presenza delle RSU, risulta in realtà "gattopardesco".

Fatte queste premesse, è interessante verificare se e come il diritto vivente abbia inciso rispetto a questa apparente discrasia tra obiettivi dichiarati e risultati raggiunti.

Partendo, come già a proposito della norma del 1970, dalla Corte costituzionale, quest'ultima anche dopo la novella del 1995 è stata chiamata a dirimere presunti conflitti con i "soliti" artt. 39 e 3 Cost. (ed anche con l'art. 2 Cost.) ma, evidentemente, sulla base di snodi argomentativi diversi¹⁵⁰. Com'è noto, infatti, le maggiori perplessità "post-referendum" erano invero connesse proprio ai principi che la Corte stessa aveva avuto modo di affermare in precedenza, come si è visto (par. 2), pronunciandosi sui rischi di un possibile arbitrario "potere di accreditamento" datoriale tale da alterare la fisiologia delle dinamiche legali di riconoscimento dei "diritti sindacali" alle (sole) RSA.

Non v'è dubbio che, sul piano squisitamente tecnico-giuridico, le nuove argomentazioni addotte dalla Corte reggano: infatti, una cosa è sostenere (come nelle motivazioni della eccezione di costituzionalità su cui la Corte si era pronunciata nel 1990¹⁵¹), che il datore di lavoro possa riconoscere in via pattizia i diritti sindacali anche ad associazioni sindacali non rappresentative ai sensi dell'art. 19 St. lav., altra cosa è invece prevedere che, sempre sul presupposto, in via lata, di un percorso pattizio (sottoscrizione di contratto collettivo applicato nell'unità produttiva) le associazioni sindacali acquistino *ex lege* la rappresentatività utile ai fini della costituzione della RSA e di conseguenza acquisiscano anche la titolarità dei diritti sindacali.

Non altrettanto può dirsi sul piano della politica del diritto e della *ratio legis*. Nel momento in cui, infatti, intenzione dichiarata della novella dell'art. 19 St. lav. è, come condiviso dalla stessa Corte costituzionale nella decisione di ammissione del referendum, di "aprire" alla rappresentatività "effettiva" anche (ma si potrebbe dire soprattutto) a livello aziendale, verificata attraverso la dimostrazione di reale forza e capacità rappresentativa a tale livello, perché allora tale dimostrazione deve poter essere data solo dalla sottoscrizione di un "contratto collettivo" e non anche attraverso la capacità di ottenere in altro modo, anche in via "pattizia", dal datore di lavoro, il riconoscimento dei diritti sindacali? O, per dirla in altra forma: perché (se la *ratio* della modifica è quella ricordata) il godimento dei diritti sindacali deve essere necessariamente un *posteriorius* rispetto alla patente di rappresentatività (e dunque alla legittimazione quale RSA) e non anche un *prius* rispetto a quella, dal momento che certamente anche la capacità di farsi riconoscere i diritti sindacali dovrebbe essere rivelatrice di effettiva forza (e rappresentatività) in azienda, così come la partecipazione all'attività negoziale in azienda (evidentemente, salvo in entrambi i casi illegittime pratiche sindacali discriminatorie *ex art.* 17 St. lav.)?

Inoltre, le conclusioni cui giunge la Corte, considerate alla luce dei suoi precedenti orientamenti, consolidano i dubbi di chi, già dopo la pronuncia del 1990 sul potere di accreditamento datoriale, vedeva oramai ben saldo la distinzione tra norma "definitoria" e "permissiva", sulla quale si

¹⁵⁰ V. C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, in *RIDL*, 1996, II, p. 447, con nota di PERA; C. Cost. 18 ottobre 1996 n. 345, in *GC*, 1996, p. 3031.

¹⁵¹ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, *cit.*

era costruito il baluardo di costituzionalità dell'art. 19 St. lav. rispetto al principio costituzionale di libertà sindacale¹⁵².

La questione, nelle sue linee generali, ha sostanzialmente (dopo la sentenza della Corte cost. del 1996) perso interesse, ma, come si vedrà - *infra* par. 5 - ritorna oggi quanto mai di attualità.

Il dibattito si è invece concentrato, nella giurisprudenza di legittimità e di merito, sui connotati specifici del requisito della sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, come era d'altronde facilmente immaginabile, essendo, questa, la condizione necessaria ed unica per poter accedere al "sostegno" dell'art. 19 (e del titolo III) dello Statuto.

Sul punto, l'opinione largamente prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, anche riprendendo orientamenti riferiti alla formulazione originaria, ha sostenuto (si potrebbe più correttamente dire: continuato a sostenere) una lettura alquanto restrittiva, sia con riferimento al dato dell'effettiva partecipazione al processo negoziale, sia con riguardo a natura e caratteristica dell'atto negoziale da poter considerare alla stregua di "contratto collettivo" utile ai fini della norma¹⁵³.

Nel primo caso, pertanto, possono considerarsi "firmatarie" di contratti collettivi solo quelle organizzazioni che abbiano svolto un ruolo reale nelle trattative ai fini della stipula del contratto collettivo, ad evitare la possibilità di acquisire riconoscimento di rappresentatività, ai fini della costituzione di RSA, attraverso il mero dato formale della firma mediante successiva adesione ad atti di autonomia negoziale cui si è stati sostanzialmente estranei.

Con riferimento al "contratto collettivo", ai fini dell'art. 19 St. lav. invece, si delimita l'ambito ai soli atti di autonomia collettiva a carattere "normativo": che cioè, secondo la classica distinzione, definiscano in modo organico la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, almeno con riguardo a settori e istituti significativi della stessa. Ciò, sia a livello nazionale, che ai livelli inferiori, territoriale o aziendale.

Orbene, se sul primo dei due requisiti (effettiva partecipazione al processo negoziale) si può essere completamente d'accordo, sulle caratteristiche dell'atto negoziale la lettura restrittiva non è del tutto condivisibile, soprattutto con riguardo ai contratti (accordi) aziendali.

Le motivazioni che sono sottese a questo orientamento sono chiare e, in generale, risiedono nella rilevanza data alla funzione selettiva della norma, che sarebbe altrimenti vanificata, oltre che, più in generale, nell'esigenza di dimostrazione di effettiva rappresentatività e, pertanto, di riduzione dei rischi legati al "potere di accreditamento" del datore di lavoro.

Invero, e soprattutto con riferimento alla funzione selettiva della norma, quella lettura rischia una ipervalutazione di tale funzione, inadeguata rispetto alla nuova *ratio* dell'art. 19: se infatti quella lettura poteva forse giustificarsi per la "vecchia" norma, per la "nuova" rischia di obliterare le

¹⁵² V. RICCI M., *op. cit.*, p. 194 ss.; LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale. Alcuni spunti*, in RIDL, 1991, I, p. 68 ss.; FERRARO, *Continuità e innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte costituzionale*, in RIDL, 1991, I, p. 394 ss.; BOLEGO, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵³ Cfr. Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, in MGL, 2002, p. 7048, con nota di BASENGHI; Cass. 30 luglio 2002 n. 11310, in RIDL, 2003, II, p. 195; Cass. 27 luglio 2002 n. 12584, in RIDL, 2003, II, p. 482; Cass. 11 gennaio 2008 n. 520, in GL, 2008, n. 24; Cass. 20 maggio 2008 n. 19275, in NGL, 2008, n. 4. In dottrina, v. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali*, *cit.*, p. 30 ss.; RICCI M., *op. cit.*, p. 251 ss. (anche per ulteriori riferimenti).

diverse caratteristiche ed obiettivi che, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, tendono ad una maggiore apertura verso i livelli più decentrati, in particolare quello aziendale.

Anche considerando il contesto in cui nasce la nuova disciplina, contrassegnato dalla primazia delle RSU, sembra preferibile la lettura parzialmente più elastica, che ricomprende anche contratti non normativi in senso stretto, e tra questi gli accordi c.d. gestionali, tra i "contratti" di cui all'art. 19 St. lav., in considerazione della rilevanza di questi ultimi ai fini della complessiva gestione dei rapporti di lavoro in azienda¹⁵⁴. D'altra parte, e senza entrare nel merito della complessa e discussa distinzione tra contratti normativi ed accordi gestionali¹⁵⁵, non si capisce perché un accordo gestionale (aziendale) su, ad esempio, procedure di mobilità o Cigs, debba ritenersi meno significativo, al fine di valutare la forza rappresentativa di un sindacato, di un contratto aziendale che si limiti a regolare solo alcuni istituti normativi, o magari uno solo per quanto importante.

Sempre con riferimento al requisito "contrattuale", significative e condivisibili risultano quelle decisioni che, ad evitare rischi di ineffettività della norma dello Statuto, hanno sostanzialmente inteso il riferimento normativo ai contratti collettivi "applicati" nell'unità produttiva, come esteso anche ai contratti collettivi applicati "di fatto" e spontaneamente, prescindendo dall'adesione datoriale all'associazione stipulante¹⁵⁶; giungendo sino al punto di considerare anche contratti collettivi non applicati ma "applicabili": nel senso di ritenere, con una sorta di *fictio iuris*, che quel requisito sussista anche là dove l'associazione sindacale sia firmataria di contratti collettivi (nazionali), ma il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo¹⁵⁷.

In conclusione: il diritto vivente sull'art. 19 St. lav. *post referendum* risulta sostanzialmente in linea di continuità con quello *pre-referendum*, trovando il denominatore comune nella salvaguardia di una ritenuta immutata *ratio* della norma statutaria: quella cioè di sostenere la presenza ed attività sindacale sui luoghi di lavoro delle (sole) rappresentanze sindacali riconducibili ad associazioni sindacali "rappresentative", tali in quanto in grado di rappresentare un'ampia area di interessi, anche al di là del bacino associativo di stretto riferimento.

Il punto è, però, che se tale *ratio* era effettivamente coerente con la originaria formulazione e finalità legislativa, e col contesto politico-sindacale dell'epoca, lo è molto meno con la disposizione *post-referendaria* e con il complessivo contesto della rappresentanza e delle relazioni sindacali a livello aziendale, dopo l'avvento delle RSU, ma anche, come si vedrà, a livello nazionale.

4. (Segue) RSA versus RSU?

L'analisi della norma dello Statuto non può prescindere, come d'altra parte già anticipato, dal

¹⁵⁴ Cfr. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, p. 363 ss.; BELLOMO, *Il nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970: problemi interpretativi*, in *ADL*, 1997, n. 4, p. 177; MARAZZA, *Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la parziale abrogazione referendaria dell'art. 19, l. 20 maggio 1970, n. 300*, in *ADL*, 1996, n. 3, p. 178 ss. In giurisprudenza, Cass. 20 settembre 2004 n. 19271, in *RIDL*, 2005, II, p. 549, con nota di ROMEI.

¹⁵⁵ Su cui v. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, 1999, p. 1 ss. Sia consentito anche il rinvio a NATULLO, *La contrattazione "gestionale": distinzioni reali ed apparenti dal contratto "normativo"*, in SANTUCCI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004 (2^a ed.).

¹⁵⁶ Cass. 30 luglio 2002 n. 11310, in *RIDL*, 2003, II, p. 195.

¹⁵⁷ V. Trib. Milano 14 luglio 1999, in *DL*, 1999, p. 813. Cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 129-130; MARESCA, *Prime osservazioni*, p. XIV; FERRARO, *Le rappresentanze aziendali dopo i referendum. La soluzione è una legge*, in *LI*, 1995, n. 13, p. 6 ss.

considerare il nuovo modello di rappresentanza elaborato nel 1993 dall'autonomia collettiva, nel protocollo del 23 luglio e nel successivo accordo interconfederale di dicembre.

L'esame del modello RSU sarà ovviamente parziale, limitandoci a considerare gli aspetti che possono rilevare ai nostri limitati fini: quelli, cioè, di valutare il grado di maggiore o minore compatibilità tra la disciplina delle RSU e la disciplina legale delle RSA, e consentire un giudizio sul carattere virtuoso o viziose dell'attuale coesistenza, anche in chiave di prospettive *de iure condendo*.

Quanto ai profili più teorici, si può subito sgombrare il campo dagli interrogativi emersi dopo il 1993 sul rapporto tra la disciplina negoziale e quella legale, prima e dopo il referendum del 1995, sia sul piano della legittimità del modello contrattuale in presenza del modello previsto dalla legge, sia con riferimento ad un eventuale possibile "assorbimento" del secondo nel primo.

Anche nella nuova versione del 1995, dunque, si ritiene che la astratta compatibilità tra le due rappresentanze sia salvata dal carattere "aperto" dell'art. 19 St. lav. (e dalle puntualizzazioni della giurisprudenza circa i rischi connessi al "potere di accreditamento" datoriale)¹⁵⁸: in questa ottica pertanto non collide con il progetto statutario, né tantomeno con il generale principio di libertà sindacale, la possibilità che, ai sensi della disciplina negoziale delle RSU, possano divenire titolari dei "diritti sindacali" associazioni che non avrebbero diritto invece ad acquisirli come RSA (nell'ipotesi cioè delle associazioni sindacali che, pur non essendo firmatarie dei CCNL, partecipino alle elezioni RSU, avendone accettato la regolamentazione ed avendo ottenuto il previsto numero minimo di firme di lavoratori dell'unità produttiva alla propria lista¹⁵⁹).

Le relative certezze sopra riportate, però, non sono tali da poter consentire un giudizio del tutto tranquillizzante sulla coesistenza dei due modelli di rappresentanza nel nostro sistema sindacale (e dunque sulla minore esigenza di ulteriori riforme, in particolare di impronta legislativa). Ciò, per diversi motivi.

In primo luogo, con riferimento alla ipotesi sopra considerata (associazioni sindacali legittimate a partecipare alle RSU pur non potendo avere titolo ai diritti sindacali come RSA), ben più di qualche perplessità sembra sussistere, in ordine alla piena compatibilità con la disciplina legislativa delle RSA e della titolarità dei diritti sindacali: infatti, in questo caso, quest'ultima può essere riconosciuta anche a (rappresentanze costituite nell'ambito di) associazioni sindacali non firmatarie di alcun contratto collettivo. Sostanzialmente, dunque, si tratterebbe di un caso in cui la titolarità dei diritti sindacali troverebbe la sua fonte di legittimazione "diretta" esclusivamente in via negoziale (accordo interconfederale regolativo delle RSU), in assenza dei presupposti "legali" di rappresentatività richiesti dall'art. 19 (firma di un contratto collettivo normativo); dunque, un'ipotesi

¹⁵⁸ MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali*, cit., p. 41 ss; ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda*, cit., p. 138 ss.

¹⁵⁹ Cfr. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali*, cit., p. 41 ss.; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1098 ss; Cass. 8 marzo 2004 n. 4652, in RIDL, 2005, II, p. 60; Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, in RIDL, 2005, II, p. 549. In senso per certi versi opposto, è pure da escludere l'ipotesi di assorbimento della RSU nella RSA (nella versione "unitaria" dell'art. 29 St. lav.) v. GHERA, *La riforma della rappresentanza sindacale nel protocollo di luglio e nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in GHERA, BOZZAO, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro 1970-1993*, SIPI, 1994, p.24, ostendovi, più che l'assenza del requisito dell' "iniziativa dei lavoratori" nella costituzione delle RSU, soprattutto la regolazione, in chiave di (com)presenza alternativa ma concorrente, tra RSU ed RSA.

poco compatibile con i prevalenti orientamenti volti a negare il potere di "accreditamento" "diretto" per via negoziale¹⁶⁰.

E allora, delle due l'una: o si ritiene legittima quest'ultima ipotesi, o si deve concludere per la incompatibilità della regolamentazione negoziale delle RSU con i "paletti" legislativi dell'art. 19 St. lav.

Altre perplessità sorgono, poi, considerando sia alcuni profili problematici del funzionamento delle RSU rispetto alla disciplina dello Statuto (diritti sindacali), sia le effettive possibilità di salvaguardia e funzionamento del canale legislativo in alternativa a quello negoziale¹⁶¹.

Quanto al primo dei due profili, e senza entrare *funditus* nel merito dei connotati strutturali delle RSU e delle relative modalità costitutive, è però possibile almeno rilevare che tale modello di rappresentanza si gioca molto sulla miscela dei due modelli tipici di rappresentanza nei luoghi di lavoro: quello cioè della rappresentanza diretta dei lavoratori, cui presiede il criterio elettivo, e quello della rappresentanza "associativa", garantita dai criteri di determinazione dell'elettorato passivo¹⁶². In effetti è la stessa strategia dell'art. 19 St. lav., con la grande differenza che tale *mix* punta a superare la pluralità/frammentazione delle rappresentanze in azienda consentita dall'art. 19 (dal momento che la RSA unitaria dell'art. 29 è solo una possibilità, presto rivelatasi in realtà una chimera), attraverso, appunto, la "unitarietà" della rappresentanza.

In realtà, proprio su quest'ultima caratteristica, cioè il cuore del modello contrattuale, la regolazione contrattuale è nata monca. È evidente, infatti, che il primo requisito per il corretto funzionamento di un organismo unitario ma al suo interno plurale, come la RSU, è quello di prestabilire le regole di determinazione della volontà dell'organismo e, in generale, di gestione di compiti e prerogative dello stesso. Il che ha inevitabilmente generato i rischi di disarticolazione del modello unitario e di rafforzamento delle istanze di decisione e gestione autonoma delle diverse "anime" sindacali presenti all'interno della RSU, sia con riguardo all'attività contrattuale e di partecipazione in generale, sia con riferimento alla gestione dei diritti sindacali (a partire del diritto di assemblea e di referendum)¹⁶³.

Ciò, col rischio di "ridurre la rappresentanza unitaria ad una somma di "vecchie" rappresentanze associative"¹⁶⁴ o ad una sostanziale pluralità di RSA. Ed è significativo, in questo senso, che la stessa Cassazione, in una nota sentenza del 2002¹⁶⁵, abbia ritenuto opportuno "ritornare" alla logica selettiva delle RSA, utilizzando il requisito della sottoscrizione di contratti collettivi quale legittimazione alla titolarità dei diritti sindacali tra le OO.SS. presenti nella RSU.

¹⁶⁰ Sulla questione, che si intreccia con il più ampio tema della natura "inderogabile" o meno dell'art. 19 St. lav., cfr. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, 1998, p. 365 ss.; SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, cit., p. 98 ss.; ID., *Tre questioni in tema di rappresentanze sindacali unitarie*, in *DLRI*, 2006, p. 181 ss.; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1098 ss. In giurisprudenza, particolarmente significativa Cass. 1 febbraio 2005 n. 1892, cit.

¹⁶¹ In generale, sul punto, v. DE MOZZI, *op. cit.*, *passim*.

¹⁶² Tra gli altri, cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, pp. 220-221; MARIUCCI, *Poteri dell'imprenditore*, cit., p. 203 ss.

¹⁶³ V. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale*, cit., p. 100 ss.

¹⁶⁴ FONTANA, *op. cit.*, p.105.

¹⁶⁵ Cass. 26 febbraio 2002 n. 2855, in *RIDL*, 2002, II, p. 304.

È evidente che tali nodi vengono ancor più al pettine nel momento in cui alla articolazione "interna" alla RSU, si aggiunge quella "esterna", nell'ipotesi di compresenza nella unità produttiva anche di (teoricamente una o più) RSA.

Comprensibile, poi, la rilevanza dei problemi interpretativi ed applicativi della c.d. "clausola di salvaguardia" prevista dalla disciplina delle RSU, con il relativo impegno a non costituire RSA (o, viceversa, a non aderire e partecipare alla elezione della RSU): non solo e non tanto relativamente alla corretta individuazione del momento (fase) in cui diviene operativa la scelta alternativa¹⁶⁶, quanto alla reale efficacia e forza cogente della clausola stessa, evidentemente anche significativa sul piano politico-sindacale, ma assai meno su quello tecnico-giuridico, dove nella concorrenza tra un diritto di fonte legale ed uno di fonte negoziale non pare dubbio su quale sia il vaso di cocci; ed invero appare assai fragile la possibile soluzione pratica dell'assegnare al datore di lavoro la funzione, "giudiziaria", di delegittimare la RSU o parte di essa, nel caso di contestuale (da parte delle stesse OO.SS.) costituzione di RSA. Tanto più che, con ogni probabilità, il contenzioso si genera in presenza (a causa) di contrasti tra organizzazioni sindacali o tra diverse articolazioni in verticale della stessa organizzazione. Ed è troppo chiedere al datore di lavoro di risolvere, oltre che i conflitti *col* sindacato, anche i conflitti *tra* sindacati¹⁶⁷, tanto più se si contesta (come fa la giurisprudenza, o almeno parte di essa) il potere datoriale di accreditamento delle rappresentanze sindacali.

Resta poi la questione di fondo: la reale rilevanza della fattispecie legislativa (RSA), in presenza di un diverso organismo di fonte negoziale (RSU), nel momento in cui anche gli spazi lasciati alla prima paiono veramente molto angusti. Per le ragioni tecniche anche sopra ricordate e riconducibili alla disciplina interconfederale delle RSU, e per le integrazioni apportate dalla successiva contrattazione nazionale, la effettiva possibilità di sopravvivenza delle RSA sono assai ridotte, tanto da suscitare giudizi addirittura "tombali"¹⁶⁸; salvo, come sopra chiarito, ipotesi di rioccupazione di spazi per vie conflittuali. Ed in questo senso, come si è avuto modo di anticipare, gioca la ridotta possibilità per organizzazioni sindacali di acquisire legittimazione attraverso la (sola) stipula di contratti aziendali (tanto più se solo "normativi"), in ragione del fatto che "il combinato disposto" della disciplina delle RSU con la complessiva struttura del sistema contrattuale ha creato un fortino quasi inespugnabile per associazioni non omogenee a quelle firmatarie ai livelli superiori (nazionale). A meno che, anche in questo caso, non venga in soccorso la controparte datoriale a rompere la sostanziale "esclusiva" negoziale di fatto delle maggiori centrali sindacali.

Per altro verso, poi, la disciplina attuale dimostra tutti i suoi limiti nel momento in cui, come oggi si dimostra possibile (v. *infra* par. 5), la questione non è tanto di legittimazione di associazioni sindacali esterne rispetto all'area bacino dei maggiori sindacati confederali, quanto, al contrario, di delegittimazione di associazioni appartenenti a tale area, e di comprovata storica rappresentatività, ma escluse ("emarginate"?) dall'area dei sindacati "firmatari" di contratti collettivi (sia nazionali che aziendali)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Dove comunque è ovviamente preferibile l'opzione volta ad evitare alle OO.SS. di poter scegliere "dopo" le elezioni a seconda dei risultati conseguiti in quest'ultima (v. DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1114).

¹⁶⁷ Sul punto v. l'interessante questione venuta alla decisione del Trib. Ravenna 27 luglio 2005, in *ADL*, 2006, p. 928.

¹⁶⁸ NAPOLI, *Le rappresentanze sindacali unitarie dopo il referendum: un futuro da stabilire*, in *Il Progetto*, 1995, p. 17 ss.

¹⁶⁹ È evidentemente l'ipotesi della Fiom e della categoria Metalmeccanici, con riferimento sia al CCNL, che ai contratti aziendali, in particolare nella Fiat.

5. Un tentativo di bilancio. Le rappresentanze sui luoghi di lavoro “dopo” le (attuali) RSU ed RSA

L’indagine svolta mi pare evidenzi con chiarezza alcuni nodi critici dell’attuale assetto della rappresentanza sui luoghi di lavoro, che vanno affrontati avendo ben presenti alcuni punti fermi ormai consolidatisi nell’esperienza delle relazioni sindacali e nel diritto vivente.

Per quanto concerne i nodi critici, l’attuale contesto normativo, contraddistinto dalla contemporanea presenza di un modello di rappresentanza previsto e regolato dall’autonomia collettiva (RSU), dietro il quale incombe però la presenza del modello legale dell’art. 19 St. lav., risulta, per i diversi motivi emersi nei paragrafi precedenti, carente, sia sul piano generale della regolazione e del funzionamento della rappresentanza (e dell’attività) sindacale sui luoghi di lavoro, sia su quello particolare della attuale ragion d’essere del modello legislativo delle RSA, oggetto specifico di questo contributo.

Ciò che in estrema sintesi si desume, infatti, è che la compresenza dei due modelli, contrattuale e legale, piuttosto che garantire una razionale integrazione tra il primo ed il secondo, pare invece più che altro favorire una disarticolazione del sistema, dove la concorrenza tra i due modelli, per un verso, indebolisce l’organismo contrattuale (RSU), per sua stessa natura “cedevole” rispetto al modello legale; per altro verso sottolinea comunque l’incapacità di una disciplina legale (della RSA), rimaneggiata e “provvisoria”, a porsi quale solida fonte di regolazione della rappresentanza dei lavoratori in azienda.

Tali incongruenze sono ancor più emerse nel contesto generale di crisi, oramai da un decennio a questa parte, del modello unitario di relazioni sindacali - sia pure con l’andamento oscillante dovuto all’alternanza delle legislature e delle maggioranze politiche - crisi che ha trovato il suo epicentro nella prassi degli accordi separati, a livello nazionale (ccnl Metalmeccanici) come a livello aziendale (da ultimo il noto caso dell’accordo Fiat-Pomigliano¹⁷⁰ e quello recentissimo di Fiat-Mirafiori¹⁷¹).

È infatti evidente che la conflittualità “endo” ed “eso” - sindacale si riflette anche sul sistema di rappresentanze in azienda, dal momento che, per effetto dell’attuale disciplina legislativa, e del diritto vivente, la mancata sottoscrizione dei contratti collettivi (nazionali e) aziendali si può tradurre (anche solo come effetto “automatico” e indipendentemente da ogni premeditazione), nella “espulsione” del sindacato non firmatario dal sistema della rappresentanza in azienda e, di conseguenza, dalla possibilità di godimento/esercizio dei diritti sindacali di cui al titolo terzo dello Statuto, pur se si tratta di organizzazioni sindacali storicamente e generalmente “rappresentative”; laddove, invece, in un sistema di relazioni sindacali storicamente consolidato e maturo, ci si attenderebbe il contrario: che cioè siano le organizzazioni sindacali “rappresentative” ad essere legittimate alla piena partecipazione al sistema di rappresentanza e di prerogative sindacali nei

¹⁷⁰ Su cui, per tutti, v. gli Atti del Convegno “Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo e il rapporto individuale”, Bertinoro, 15-16 ottobre 2010, in corso di stampa.

¹⁷¹ Particolarmente “di rottura” quest’ultimo accordo, sottoscritto in data 23 dicembre 2010 senza l’adesione della Fiom-Cgil, e in prima attuazione della nuova joint venture Chrysler-Fiat. In esso, infatti, per un verso si dichiara esplicitamente la non adesione al sistema confindustriale (v. Premessa all’Accordo) e, per altro verso, si abbandona il sistema delle RSU, espressamente prevedendo nella norma sulla “Costituzione e tutela delle rappresentanze sindacali” (art. 1 parte su “Diritti sindacali”, All. 1 sul Sistema di relazioni sindacali) che le RSA possono essere costituite, ai sensi art. 19 St. lav., “dalle Organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente accordo”.

luoghi di lavoro, dunque alla piena partecipazione alla attività sindacale in azienda, a dover/poter negoziare e stipulare i contratti collettivi.

Comunque, le ultime vicende sottopongono l'attuale assetto della rappresentanza nei luoghi di lavoro, e l'art. 19 St. lav. su cui esso è legislativamente imperniato, ad uno *stress* che ne porta definitivamente alla luce l'assoluta alterazione assiologica e funzionale rispetto all'impianto originario del 1970 e, per quanti sforzi abbia fatto il Giudice delle leggi, anche la sua sempre più precaria compatibilità col quadro costituzionale.

Più in generale, viene ancora una volta attestato, ove mai ve ne fosse bisogno, che l'"anomia" storicamente tipica dell'ordinamento (inter) sindacale italiano è bastevole a garantire il buon funzionamento della rappresentanza e delle relazioni sindacali solo a condizione che le convergenza degli interessi dei lavoratori e dei sindacati sia tale da lasciare in secondo piano ed occultare le carenze del quadro legale, che però riemergono prepotentemente quando tali convergenze vengano meno, come oggi (e da qualche tempo a questa parte).

A questo punto, evidentemente, il discorso si fa troppo generale e complesso per poter essere affrontato *funditus* in questa sede. Non ci si può però esimere dallo svolgere qualche riflessione conclusiva sul tema specifico che qui ci occupa.

A tale proposito, sono le stesse parti sociali a riconoscere l'esigenza di tornare concretamente a riflettere sul modello di rappresentanza sindacale in azienda, confermando, in sede di disciplina dei nuovi assetti contrattuali¹⁷², l'interesse a "rivedere ed aggiornare regole pattizie che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo ivi compresa la certificazione all'INPS dei dati di iscrizione sindacale".

A mio modo di vedere, però, un nuovo intervento regolativo dell'autonomia collettiva, per quanto lodevole, non sarebbe forse sufficiente per una soluzione esaustiva del nodo della rappresentanza nei luoghi di lavoro, essendo (anche in questo caso, come in quello "macro" dell'art. 39 Cost.) troppo ingombrante la presenza del modello legislativo costituito dall'art. 19 St. lav., che, come d'altronde dimostra la realtà delle relazioni sindacali degli ultimi anni, rischia di costituire un sostanziale *vulnus* capace di minare alla base la capacità di resistenza (e dunque il buon funzionamento) del modello contrattuale.

Pertanto, sarebbe opportuno, anche in questo caso e auspicabilmente nell'ambito di un più generale intervento regolativo sul sistema di rappresentanza (pure evidentemente ai fini della contrattazione collettiva) operare alla radice, intervenendo sulla disciplina legale delle rappresentanze sindacali aziendali, facendo leva su alcuni punti (quasi) fermi che la teoria e la prassi (alla luce del diritto vivente) ci offrono:

- a) che nella storia (direi ormai nel DNA) del nostro sistema sindacale, anche al livello più basso del sistema, non si può prescindere dalla considerazione del ruolo (se si vuole anche ingombrante)

¹⁷² Accordo quadro 22 gennaio 2009; accordo interconfederale 15 aprile 2009, *sub n.* 7, su cui v. CARINCI F., *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in RIDL, 2009, I, p. 177; RICCI M. *L'Accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale Confindustria del 2009: contenuti e modelli di relazioni industriali*, in RIDL, 2009, I, p. 353 ss.; LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in RGL, 2009, I, p. 45.

delle associazioni sindacali;

- b) che comunque “nella realtà il sindacato non sopravvive senza la partecipazione attiva dei rappresentati. O meglio, che nel caso del sindacalismo volontario e inclusivo, qual è quello che caratterizza l’esperienza dei movimenti sindacali nell’Europa continentale, e in particolare nel nostro paese, la logica della democrazia rappresentativa si intreccia in continuazione, tanto o poco, con la logica della democrazia diretta”¹⁷³;
- c) che pertanto, e direi oggi più che mai, la logica della “partecipazione per appartenenza”, deve necessariamente coniugarsi con la logica della “partecipazione elettorale”, come forma di legittimazione diretta dal basso del sistema di rappresentanza sindacale, soprattutto in grado di garantire l’(eventuale) esercizio del dissenso¹⁷⁴.

Tutto ciò considerato, dunque, non paiono percorribili altre strade se non quella di un “nuovo” art. 19 St. lav., che per un verso confermi la scelta (anche sottesa alle RSU) verso un modello a “canale unico”, impeniato sulla primazia del modello associativo, abbandonando velleitari tentativi di “nascondere” quella primazia dietro deboli paraventi procedurali; ma che, per altro verso, preveda chiari meccanismi democratici (e non c’è dubbio che il criterio elettivo sia quello principe), per consolidare (sostenere) presenza ed attività del sindacato in azienda, legittimandone e certificandone (la possibilità della) presenza ed attività alla luce del consenso espresso (o negato) direttamente dai rappresentati; ciò che esprime in realtà null’altro che il banale contemporamento tra tutela del sindacato come associazione e tutela della libertà sindacale (movimento/partecipazione diretta dei lavoratori).

6. Una norma disattesa: l’art. 29 St. lav.

Ragioni di completezza dell’indagine richiedono di considerare anche la disposizione dello Statuto dedicata alla *fusione delle rappresentanze sindacali aziendali*. In merito è possibile spendere poche parole, dal momento che la stessa non ha dato luogo a particolari dibattiti e/o difficoltà interpretative, in dottrina come in giurisprudenza, segnale chiarissimo della sua scarsa rilevanza applicativa, peraltro ulteriormente ridotta, è facile capirlo, a seguito della istituzione delle RSU, la cui prospettiva unitaria evidentemente va ben oltre, vanificandola, la portata della norma in questione.

In merito, è sufficiente ricordare che la disposizione, cui era evidentemente sottesa la speranza di una riorganizzazione (ed azione) unitaria delle Confederazioni storiche, venne elaborata per evitare che una auspicabile organizzazione ed azione unitaria delle associazioni sindacali, nei luoghi di lavoro, potesse tradursi in un danno piuttosto che in una ulteriore risorsa, nella misura in cui avrebbe potuto comportare una *deminutio*, in termini quantitativi, di dirigenti e prerogative (permessi) riconosciuti ed assegnati alle RSA (*rectius* associazioni sindacali), ostacolando dunque nei fatti eventuali sforzi unitari.

¹⁷³ REGALIA, *Quale rappresentanza. Dinamiche e prospettive del sindacato in Italia*, Ediesse, 2009, p. 33.

¹⁷⁴ V. ancora REGALIA, *op. cit.*, p. 37 ss. Sul dibattito sui possibili modelli di rappresentanza (anche) in azienda, anche in prospettiva di riforma, tra i tanti (e per ulteriori riferimenti bibliografici), cfr. MAGNANI, *Il problema della rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*, in *DRI*, 2006, p. 967; AA.VV., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, 2005; ICHINO, *A che cosa serve il sindacato*, Mondadori, 2005, cap. III; FONTANA, *op. cit.*, p. 175 ss.; SCARPONI, *op. cit.*; CAMPANELLA, *op. cit.*

Il legislatore, pertanto, garantiva con l'art. 29 che, anche in caso di RSA costituite nell'ambito di due o più associazioni sindacali legittimate *ex art.* 19 (cioè fusione "di associazioni"), o di vera e propria di fusione di più RSA già costituite, ai fini di cui all'*art.* 23 St. lav., il computo avrebbe dovuto essere realizzato non considerando l'avvenuto accorpamento, e dunque nuovamente disgregando i soggetti sindacali che avessero dato luogo alla fusione (in buona sostanza: come se fossero tante diverse RSA).

L'ipotesi sottesa alla norma, però, che per qualcuno consentiva di assorbire meglio, sul piano teorico, la fattispecie dei Consigli di fabbrica¹⁷⁵, come detto non ha sostanzialmente avuto seguito, e difficilmente se ne trova traccia nei commentari (se non in quelli immediatamente successivi all'emanazione dello Statuto) o nelle pronunce dei giudici¹⁷⁶, salvo, in dottrina, un brevissimo momento di "gloria" a seguito della istituzione delle RSU. Infatti, come accennato *retro* (par. 3), non è mancato un tentativo di "riassorbire" teoricamente i nuovi organismi di marca negoziale nell'ambito delle rappresentanze aziendali previste dal legislatore del 1970, proprio ricorrendo alla struttura unitaria prevista dall'*art.* 29 St. lav.¹⁷⁷; prospettiva, che, peraltro, non pare aver avuto seguito.

¹⁷⁵ GAROFALO, *Commento art. 29*, in GIUGNI (diretto da) *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979.

¹⁷⁶ Tra le rare pronunce, v. Trib. Napoli 26 febbraio 1991, in RIDL, 1991, II, p. 746.

¹⁷⁷ In questo senso GHERA, *op. cit.*

Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*

Pasquale Chieco

1. Introduzione	77
2. La clausola di responsabilità	77
3. (segue)	79
4. La clausola integrativa	81
5. Conclusioni	83

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 117/2011

1. Introduzione

Fra i tanti elementi di discussione e di contrapposizione presenti nelle vicende dei contratti collettivi per i dipendenti degli stabilimenti FIAT di Pomigliano e di Mirafiori ve ne è uno di particolare delicatezza in quanto concerne l'esercizio del diritto di sciopero e la sua discussa disposizione (e, prima ancora, disponibilità) ad opera dei sindacati firmatari, quale conseguenza della sottoscrizione di talune clausole presenti in detti contratti. In proposito, tuttavia, tralasciando per il momento la questione della disponibilità collettiva del diritto di sciopero alla luce del disposto dell'art. 40 cost., è interessante comprendere in che modo e con quali effetti i contratti collettivi in questione imbrigliano il diritto di sciopero.

In particolare, l'attenzione degli interpreti si è concentrata sulla portata di due clausole - la *clausola di responsabilità* e quella rubricata *"clausole integrative del contratto individuale di lavoro"* (di seguito *clausola integrativa*) - presenti, con formulazione pressoché identica, negli accordi collettivi di Pomigliano (15.6.2010) e di Mirafiori (23.12.2010) nonché nel contratto collettivo di I livello per Fabbrica Italia Pomigliano (29.12.2009).

In via di prima approssimazione, si può osservare che, sul comune presupposto dell'affermata correlazione e inscindibilità delle clausole dell'accordo collettivo, la *clausola di responsabilità* si occupa dell'attività sindacale illegittima e della conseguente impossibilità per l'Azienda di esigere i diritti o esercitare i poteri derivanti dall'accordo, stabilendo sanzioni operanti nella sfera delle prerogative sindacali (contributi e permessi) insieme all'effetto di liberare l'azienda dagli obblighi stabiliti nell'accordo; la *clausola integrativa* si occupa, invece, dei comportamenti illegittimi del "singolo lavoratore" facendone conseguire sanzioni disciplinari e il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole dell'accordo.

Va subito rilevato, tuttavia, che tale distinzione è meno netta di quanto non possa apparire a prima vista poiché taluni comportamenti, individuali e/o collettivi, dei lavoratori sono presi in considerazione dalla *clausola di responsabilità* con l'effetto di sottrarli alla disciplina (e alle conseguenze sanzionatorie) prevista per le violazioni/infrazioni asciritte nella *clausola integrativa*.

Ma procediamo con ordine.

2. La clausola di responsabilità

Nel suo primo capoverso, la *clausola di responsabilità*, affermata – come si ricordava – la inscindibilità di tutte le clausole dell'accordo, prende in considerazione il mancato rispetto «degli impegni assunti» ovvero i «comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni concordate per la realizzazione del Piano e i conseguenti diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda da presente accordo», posti in essere dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla Rappresentanza sindacale dei lavoratori «anche a livello di singoli componenti».

Le violazioni (e le corrispondenti sanzioni) oggetto della disciplina della *clausola di responsabilità* concernono, pertanto, gli inadempimenti agli obblighi diretti delle parti sindacali (mancato rispetto degli impegni assunti e comportamenti contrari alle condizioni concordate per la realizzazione del Piano) e, quindi, alle disposizioni del contratto collettivo con funzione obbligatoria che, per l'appunto, contengono gli obblighi direttamente assunti dalle parti firmatarie.

La responsabilità dei sindacati firmatari si estende, peraltro, anche agli effetti provocati dai suddetti inadempimenti in termini di inesigibilità dei diritti o dei poteri riconosciuti dall'accordo

all’azienda che, verosimilmente, altro non sono che i diritti e i poteri vantati dal datore di lavoro nei confronti dei singoli lavoratori riconducibili al complesso delle posizioni giuridiche attive del datore di lavoro regolamentate nella parte normativa dell’accordo. Infatti, non possono che essere i comportamenti dei prestatori di lavoro a realizzare, in concreto, quelle situazioni di inesigibilità dei diritti e/o poteri dell’azienda di cui si occupa la prima parte della clausola di responsabilità, identificandole quali situazioni “*consequenti*” alle violazioni imputabili alle oo.ss.

Sul complesso di tali violazioni ed effetti scatta una doppia sanzione:

- la prima secondo la quale l’Azienda è liberata dagli obblighi derivanti dall’accordo;
- la seconda per effetto della quale l’Azienda è liberata dagli obblighi contrattuali in materia di contributi e permessi sindacali (con qualche marginale differenza tra gli accordi di Pomigliano e Mirafiori).

Ora, tralasciando, per la sua chiara formulazione, questa seconda tipologia di sanzione “collettiva” - che non ha tuttavia impedito di sollevare una questione di sua (parziale) inefficacia¹⁷⁸ – va osservato come l’effetto liberatorio previsto dalla prima delle suddette sanzioni operi con riferimento al complesso delle obbligazioni gravanti direttamente sulle parti stipulanti senza in alcun modo toccare istituti e obblighi *altri* rispetto a quelli¹⁷⁹. In altri termini, l’effetto di svincolare l’azienda dagli obblighi assunti nel contratto non può che essere definito e delimitato dalle posizioni giuridiche oggetto della parte obbligatoria del contratto collettivo, anche quando gli inadempimenti dei soggetti collettivi provochino effetti di inesigibilità delle posizioni giuridiche attive dell’azienda nell’ambito dei singoli contratti di lavoro.

Da ciò deriva, allora, che, a fronte di violazioni imputabili ai sindacati firmatari, l’unico effetto sanzionatorio tipizzato dalla prima parte *clausola di responsabilità* è quello che opera sul piano “collettivo” (liberazione dell’azienda dagli obblighi stabiliti nella parte obbligatoria e da quelli in materia di contributi e permessi sindacali), anche quando tali violazioni abbiano conseguenze in termini di inesigibilità dei diritti e poteri datoriali nei confronti dei singoli lavoratori.

¹⁷⁸ V. Bavarro, *Contratti Fiat. Ispirazione per un nuovo modello*, www.ildiariodellavoro.it, 17.1.2011, il quale rileva l’inefficacia della sanzione concernente i contributi sindacali. Ora, posto che non c’è dubbio sul fatto che la sanzione operi paralizzando l’obbligo contrattuale del datore di lavoro di versare i contributi sindacali secondo le modalità e i tempi dettati dall’art. 7, sezione II, del CCNL dei metalmeccanici 20.1.2008, la questione di inefficacia sollevata dall’A. si riferisce al diverso obbligo legale di versare i contributi sindacali quale effetto della qualificazione della delega del lavoratore al sindacato in termini di cessione del credito (cfr. Cass. 7.8.2008, n. 21368; Cass. S.U. 21.12.2005, n. 28269), che – com’è noto – non abbisogna del consenso del debitore ceduto. In altri termini la sanzione stabilita dalla *clausola di responsabilità* farebbe venire meno l’obbligo contrattuale ma lascerebbe in piedi quello legale. Si tratta di una conclusione che – seppure propende per una soluzione oggetto di un dibattito (ri)aperto di recente da nuovi interventi legislativi: cfr. Gisanti, *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del conflitto sindacale*, RGL I, 2010, 77 ss.) - è in linea con il tenore delle clausole di responsabilità la quale stabilisce testualmente che le violazioni degli impegni assunti dai sindacati firmatari «libera l’Azienda dagli obblighi derivanti dal presente contratto collettivo in materia di contributi sindacali». Resta, tuttavia, qualche dubbio sulla tenuta di tale conclusione in presenza del maturare delle condizioni e della sanzione previste dalla clausola in questione, che costituisce una variante di non poco conto allo schema civilistico della cessione di credito. Infatti, il venire meno, in presenza di determinate situazioni, dell’obbligo di versamento dei contributi sindacali può essere configurato come una condizione sospensiva degli effetti della cessione frutto di un “accordo” tra cessionario e debitore che quest’ultimo potrebbe opporre al cedente.

¹⁷⁹ Cfr. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, RIDL, 2010, I, 807/808, il quale, a indiretta conferma di quanto qui osservato, qualifica la previsione contrattuale e la relativa sanzione come una sorta di “*clausola penale*” poiché determina in via preventiva e forfettaria le conseguenze dell’inadempimento di una obbligazione.

3. (segue)

I riferimenti e gli elementi acquisiti nell'analisi della prima parte della *clausola di responsabilità*, rendono più agevole la comprensione della regolamentazione introdotta nella seconda parte che concerne i «comportamenti, individuali e/o collettivi, dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordo ovvero a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'Azienda...».

Si tratta, con tutta evidenza, di una prescrizione che innalza di molto il livello di coinvolgimento dei sindacati firmatari e delle strutture di rappresentanza dei lavoratori nella gestione delle relazioni di lavoro in azienda, poiché fa derivare le medesime sanzioni già analizzate nella prima parte della clausola, dai comportamenti, individuali e/o collettivi, dei lavoratori assunti in violazione delle clausole contrattuali, senza alcun riferimento al fatto che essi siano "conseguenti" alle scelte e alle azioni poste in essere dalle oo.ss.

Se, infatti, nella prima parte della clausola i comportamenti (illegittimi) presi in considerazione sono quelli dei sindacati firmatari anche in relazione alle loro conseguenze, consistenti nella inesigibilità dei diritti e dei poteri aziendali sul piano dei contratti di lavoro, oggetto della seconda parte della clausola sono invece i comportamenti (illegittimi) dei lavoratori, considerati *ex se* sul presupposto (implicito) che *non ci si trovi* nell'ambito della ipotesi delineata dalla prima parte della *clausola di responsabilità*. In altri termini, i comportamenti dei lavoratori (individuali o collettivi) di cui si occupa la seconda parte della *clausola di responsabilità* non sono quelli connessi o conseguenti alla violazione degli obblighi assunti dai sindacati firmatari.

Va, infatti, escluso che la seconda parte della clausola sia una (inutile: v. *infra*) specificazione della fattispecie individuata nella sua prima parte con la sola e mera variazione del punto di vista costituito (non dal comportamento delle oo.ss., ma) dai comportamenti soggettivi o collettivi dei lavoratori, presi in considerazione pur sempre quale *conseguenza* del mancato rispetto degli impegni da parte delle oo.ss.

La erroneità di tale conclusione deriva, a nostro parere, dai seguenti elementi.

In primo luogo, la parte seconda della clausola (e il suo apparato sanzionatorio) sarebbe del tutto inutile poiché i comportamenti dei lavoratori consequenti al mancato rispetto degli impegni assunti dai sindacati firmatari, sono (come si è visto) già presi in considerazione e sanzionati nella prima parte della *clausola di responsabilità*.

In secondo luogo, vi è una rilevante diversità nella formulazione della *clausola di responsabilità*. Infatti, nella sua seconda parte, a differenza di quanto stabilito nella prima, le sanzioni scattano quando la violazione, in tutto o in parte, delle clausole dell'accordo sia connotata dall'ulteriore elemento qualitativo della «misura significativa». E ancora, a differenza di quanto stabilito nella prima parte, non è sufficiente a far scattare le sanzioni che si determini una situazione di inesigibilità dei diritti o dell'esercizio dei poteri dell'azienda, poiché, per effetto di quanto disposto nella seconda parte della clausola di responsabilità, le sanzioni scattano solo quando la situazione di inesigibilità sia tale da fare «venire meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale ed inficiando lo spirito che lo anima».

Questa rilevante differenza, peraltro, è pienamente comprensibile.

Infatti, a fronte di comportamenti non imputabili direttamente ai sindacati firmatari o conseguenti ai loro inadempimenti ma posti in essere *autonomamente* dai lavoratori, l'applicazione di sanzioni comunque gravanti nella sfera dei sindacati richiede, ragionevolmente, una soglia di "punibilità" più alta, e, quindi, che la violazione delle clausole dell'accordo sia significativa e lo sia in misura tale da determinare, quando consista nel rendere inesigibili diritti e/o poteri aziendali, il venire meno dell'interesse del creditore della prestazione alla permanenza dello scambio contrattuale¹⁸⁰.

Risulta, allora, confermata l'affermazione che sono formalmente e significativamente diversi i soggetti e i comportamenti che fanno scattare le identiche sanzioni contemplate nella prima e nella seconda parte della *clausola di responsabilità*.

Rimane, a questo punto, da chiedersi quali sono, secondo la formula della parte seconda della *clausola di responsabilità*, le clausole dell'accordo la cui significativa violazione, ad opera dei comportamenti dei lavoratori, provoca le sanzioni collettive di cui abbiamo detto.

In proposito, credo non ci sia dubbio sul fatto che, anche nella sua seconda parte, la clausola di responsabilità abbia, come orizzonte di riferimento, il complesso degli obblighi assunti dai sindacati firmatari definiti dalla prima parte della medesima clausola. Pertanto, quando i lavoratori, al di fuori dell'azione dei sindacati firmatari, pongono in essere iniziative e attività di natura sindacale in quanto finalizzate alla tutela dell'interesse collettivo, i loro comportamenti – per volontà delle parti firmatarie degli accordi collettivi – sono inquadrati e valutati alla luce dei patti e degli obblighi assunti dalle oo.ss. Con la conseguenza che, in caso di violazione significativa di tali obblighi ovvero di situazioni di inesigibilità dei diritti e/o dei poteri datoriali di tale gravità da far venire meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale, quei comportamenti provocano l'applicazione delle sanzioni stabilite dalla *clausola di responsabilità*.

È questo, a nostro parere, il risultato più rilevante della correlazione e della inscindibilità delle clausole dell'accordo previsto dalla prima parte della *clausola di responsabilità*, con tutto ciò che consegue da tale tipizzazione (v. *infra*).

Sintetizzando, allora, il contenuto di questa seconda parte della *clausola di responsabilità* si può dire che:

- i sindacati firmatari assumono l'impegno di rendere congruenti con i patti sottoscritti (anche) i comportamenti dei lavoratori posti in essere, autonomamente, a tutela dell'interesse collettivo¹⁸¹;
- i comportamenti non congruenti dei lavoratori rendono possibile l'applicazione di sanzioni gravanti nella sfera dei sindacati firmatari ma con una soglia di "punibilità" più alta (rispetto a quella richiesta dalla prima parte della clausola di responsabilità per le violazioni direttamente imputabili alle oo.ss.) in quanto è necessario che essi integrino una violazione significativa delle clausole

¹⁸⁰ È significativo che la formula utilizzata sia quella che nell'art. 1455 c.c. contrassegna l'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto.

¹⁸¹ Ciò, peraltro, corrisponde a un canone generale del nostro ordinamento che consente a chiunque di promettere il fatto del terzo salvo a essere tenuto a rispondere nel caso in cui il terzo «*non compie il fatto promesso*» (art. 1381 c.c.). De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, cit., 808-809, propende, invece, per una qualificazione della seconda parte della clausola di responsabilità in termini di «sottoposizione del diritto ai permessi e ai contributi a una condizione risolutiva rappresentata dall'avverarsi dei comportamenti stigmatizzati nella clausola».

dell'accordo e che tale violazione, quando consista nel rendere inesigibili diritti e/o poteri aziendali, determini il venire meno dell'interesse del creditore della prestazione alla permanenza dello scambio contrattuale;

- le sanzioni (collettive) della seconda parte della clausola di responsabilità esauriscono le conseguenze delle violazioni riconducibili ai comportamenti dei lavoratori in essa tipizzati.

Circa quest'ultimo profilo, riteniamo che la *clausola di responsabilità* se per un verso responsabilizza anche i singoli lavoratori quando sviluppano l'azione collettiva al di fuori della cornice governata dei sindacati firmatari, per altro verso, tipizzando condotte e sanzioni, non consente che i medesimi comportamenti possano essere valutati anche in termini di inadempimento individuale e, quindi, quale fonte di responsabilità contrattuale¹⁸².

In altri termini, e conclusivamente, la *clausola di responsabilità* (sia nella prima che nella seconda parte) è costruita in modo tale da definire e risolvere i profili regolativi e sanzionatori interamente entro la parte obbligatoria del contratto collettivo. E ciò vale, in particolare, anche per quei comportamenti individuali e collettivi che, pur quando hanno effetti sul piano del sinallagma contrattuale, sono connotati dall'essere posti in essere o *in conseguenza* dell'azione e dell'iniziativa dei sindacati firmatari, anche se assunta in violazione delle clausole dell'accordo (*clausola di responsabilità*, parte prima) ovvero fuori da tale cornice ma a difesa di un interesse collettivo definito in relazione alle medesime clausole dell'accordo (*clausola di responsabilità*, parte seconda).

Ne deriva che, con riferimento a tali comportamenti, la *clausola di responsabilità* si pone in un rapporto di vera e propria specialità rispetto alla fattispecie generale e astratta oggetto della disciplina e delle sanzioni della *clausola integrativa* (di cui si dirà a breve) in quanto disciplina e sanziona una definita tipologia di comportamenti individuali, anche quando abbiano effetti sul piano del sinallagma contrattuale.

4. La clausola integrativa

Se sono corrette le conclusioni da ultimo raggiunte, si può affermare che la *clausola integrativa* si occupa solo degli *inadempimenti* del (singolo) lavoratore alle clausole (inscindibili) del contratto collettivo con funzione normativa che, per l'appunto, contengono gli obblighi (e, reciprocamente, i diritti) delle parti del contratto individuale di lavoro¹⁸³ (susceptibili, ove inosservati, di provocare inadempimenti e sanzioni disciplinari: v. *infra*).

¹⁸² Sono queste le ragioni – alle quali vanno aggiunte quelle ulteriori connesse alla inevitabile valenza disciplinare dei comportamenti in questione ove fossero sanzionabili sul piano del contratto individuale di lavoro (v. prossimo par.fo) – che non consentono di dividere quelle letture della seconda parte della clausola di responsabilità che fanno discendervi una limitazione del diritto di sciopero dei singoli lavoratori. Tale conclusione vale anche per quelle opinioni che fanno discendere la illegittimità dell'astensione dei singoli lavoratori dalla illegittimità dello sciopero indetto dalle oo.ss. in violazione degli obblighi stabiliti nell'accordo: v., tra gli altri, P. Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, www.lavoce.info, 18.06.2010; R. Romei, *Riflessioni su Mirafiori*, www.nelMerito.com, 27.1.2011; Tiraboschi, *L'accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, Guida al lavoro, 2010, 28, 14.

¹⁸³ L'attitudine della *clausola integrativa* a intercettare e limitare l'esercizio del diritto di sciopero da parte dei singoli lavoratori viene sostenuto (a volte in modo ipotetico o con il condizionale) da quegli AA. che valutano il preцetto di inscindibilità della clausola in questione in termini inclusivi degli obblighi di natura collettiva stabiliti, anche, nella *clausola di responsabilità*: v., tra gli altri, Mariucci, *Note su un accordo singolare*, www.lavoce.info, 21.06.2010; Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2010, n. 3; Lassandari, *La contrattazione integrativa*, in M. Mascini (a cura di), "l'Annuario del lavoro 2010", il diario del lavoro, 117 ss.; Zilio Grandi, *La Fiat e le relazioni sindacali oggi in Italia: brevi appunti*

Niente di meno e niente di più di ciò che è sempre valso a definire il contenuto obbligatorio delle clausole di inscindibilità delle disposizioni contrattuali diffusamente contenute nei contratti collettivi nazionali e, tra gli altri, in quello metalmeccanico del 20 gennaio 2008¹⁸⁴.

La "normalità" della *clausola integrativa*, peraltro, non viene smentita dalla presenza, a corredo della inscindibilità delle clausole dell'accordo (*alias*, di ognuno dei tre accordi e contratti collettivi di cui ci stiamo occupando), della espressa previsione che «la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli relativi ai provvedimenti disciplinari conservativi e ai licenziamenti per mancanze e comporta il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole contrattuali».

Chiarito, infatti, l'ambito oggettivo (e i limiti) di applicazione del vincolo di inscindibilità, è evidente che ci troviamo di fronte a una materia (inadempimento=infrazione=sanzione disciplinare) governata dai precetti normativi di predeterminazione e di proporzionalità, peraltro richiamati dalla *clausola integrativa*, che valgono a definire i comportamenti dei lavoratori, posti in essere in violazione di ciascuna delle clausole contrattuali legate dal vincolo di inscindibilità, quali *infrazioni* suscettibili di provocare l'applicazione di provvedimenti disciplinari (conservativi o licenziamenti per mancanze).

La collocazione della *clausola integrativa* entro la materia disciplinare consente, inoltre, di comprendere l'esatta portata della ulteriore previsione che da quei comportamenti fa discendere il venir meno dell'efficacia delle "altre" clausole contrattuali. Tale effetto "liberatorio" ha il valore di una dichiarazione politica senza alcuna effettiva valenza giuridica perché altrimenti, il venir meno dei trattamenti previsti dalle clausole collettive con funzione normativa¹⁸⁵ - quale conseguenza del comportamento del lavoratore in violazione di una delle clausole contrattuali legate dal vincolo di inscindibilità - configurerebbe una sanzione di natura disciplinare (perché conseguente a inadempimento) *extra ordinem* e quindi, del tutto nulla. Essa, infatti, si cumulerebbe con la sanzione disciplinare, espressamente prevista e disciplinata per la medesima violazione, dalla stessa *clausola integrativa* (v. *infra*) che, con tutta evidenza, esaurisce il potere disciplinare

giuridici, www.adapt.it, 12.1.2011; contra, tra gli altri, Magnani, da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali, www.adapt.it, 13.1.2011; Tosi, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, ADL, 2010, n. 6, 1094; R. Pessi, *La contrattazione in deroga: il caso Pomigliano*, ADL, 2010, n. 6, 1128-1129; De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, cit., 810; dubbia, infine, la posizione di altra parte della dottrina: cfr. Treu, *Contratto nazionale e governo delle differenze*, www.ildiariodellavoro.it, 3.10.2010.

Tali posizioni sono, poi, articolate tra coloro che ritengono comunque illegittima la limitazione del diritto di sciopero dei singoli lavoratori per contrasto con l'art. 40 cost. (che individua un diritto soggettivo fondamentale della persona del lavoratore) e coloro che, invece, la ritengono (all'attualità ovvero ove vi fosse) legittima sulla base di una, variamente evocata, titolarità *sindacale* del diritto di sciopero fondata, pure essa, sul disposto dell'art. 40 cost.

¹⁸⁴ Il riferimento è all'art. 1 (Inscindibilità delle disposizioni contrattuali e condizioni di miglior favore) della sezione III del CCNL. Su tale clausola cfr. M Ricci, *Commento*, in M.G. Garofalo e Massimo Roccella (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici 28 gennaio 2008*, Cacucci, Bari, 2010, 147 ss. Non è casuale, del resto, il fatto che nel contratto collettivo di I livello di Fabbrica Italia Pomigliano il contenuto di quella che per comodità abbiamo definito *clausola integrativa* è riproposto nell'art. 8 con la rubrica «Inscindibilità delle disposizioni contrattuali».

¹⁸⁵ Del resto, riesce difficile immaginare quale concreto effetto liberatorio si possa concretamente definire applicare al singolo lavoratore e in suo pregiudizio. Peraltro, la clausola sembra mal formulata perché, a differenza di quanto stabilito nella clausola di responsabilità, prevede che dalla infrazione non derivi la liberazione dell'azienda ma il venir meno nei confronti del singolo lavoratore dell'efficacia delle altre clausole (diverse da quella violata) dell'accordo.

del datore di lavoro. In altri termini non è pensabile che, oltre alla sanzione disciplinare proporzionata, la medesima violazione determini un ulteriore effetto (liberatorio dell'azienda) in pregiudizio del lavoratore e al di fuori del sistema disciplinare regolato, com'è noto, da norme inderogabili.

Venendo, allora, alla sanzione disciplinare della *clausola integrativa*, essa, sempre in ragione dei precetti innanzi ricordati, rinvia a quanto stabilito nel codice disciplinare (*alias* «agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari» secondo la contorta formula della clausola) che, allo stato, è quello contenuto nel CCNL metalmeccanici 28.1.2008. Conclusione che vale non solo per gli accordi di Pomigliano e Mirafiori, ma anche per il contratto collettivo di I livello del 29.12.2010 il cui art. 27, in materia disciplinare (e, quindi, anche per le infrazioni e le sanzioni della clausola in questione), rinvia espressamente “a quanto previsto dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro dei metalmeccanici”¹⁸⁶.

Il rinvio, conferma che nulla è cambiato nel sistema delle infrazioni e delle sanzioni in relazione e in ragione della nuova disciplina contrattuale (collettiva e individuale) degli stabilimenti FIAT e newco¹⁸⁷. Ma non è tutto. Quel rinvio conferma, seppure indirettamente, l'esito dell'interpretazione qui proposta della *clausola integrativa* e, quindi, della *clausola di responsabilità*; interpretazione che, come si è visto, porta ad escludere che la previsione di sanzioni disciplinari per comportamenti individuali assunti in violazione delle clausole collettive legate dal (riaffermato) principio di inscindibilità possa riferirsi (anche) agli scioperi posti in essere dai lavoratori violando i patti sottoscritti dai sindacati firmatari. Infatti, il consolidato sistema disciplinare del CCNL dei metalmeccanici – la cui applicazione è, come si è visto, espressamente voluta dai firmatari degli accordi in esame – appare incompatibile con l'introduzione di una infrazione caratterizzata da una così forte discontinuità e da un altrettanto marcata specialità rispetto al complesso dei micro e macro inadempimenti elencati e sanzionati nel codice disciplinare.

5. Conclusioni

In conclusione, fermi restando i margini di opinabilità di una lettura del dettato costituzionale che abiliti i sindacati a disporre, attraverso le clausole di tregua o di pace sindacale, del diritto di sciopero dei singoli lavoratori¹⁸⁸, appare risolutiva la circostanza che le prescrizioni della *clausola integrativa* e della *clausola responsabilità* degli accordi FIAT non contengano alcuna disposizione che vada in tale direzione. Tali clausole, al contrario, confermano che gli effetti sanzionatori della

¹⁸⁶ L'art. 27 precisa che il rinvio alla materia dei provvedimenti disciplinari riguarda: ammonizioni scritte, multe e sospensioni; licenziamenti per mancanze; sospensione cautelare non disciplinare; con una elencazione che richiama alla lettera la rubrica delle corrispondenti disposizioni del CCNL dei Metalmeccanici (artt. 8, 9, 10 e 11 del Titolo III). Si tratta di un rinvio che assume un particolare e rilevante significato tanto da indurre le parti a introdurre nel contratto collettivo di I livello una “norma di Chiusura” nella quale «Le parti concordano, infine, di riconoscersi titolari del potere disciplinare di ogni singolo istituto la cui normativa sia stata definita nel presente contratto collettivo *per relationem* con riferimento agli analoghi istituti del CCNL dei Metalmeccanici».

¹⁸⁷ Esula dalle tematiche qui trattate, la questione della utilizzabilità di un rinvio di tal fatta al fine di sostenerne la tesi secondo la quale, grazie anche a questo tipo di rinvio, la newco si troverebbe, di fatto e di diritto, ad applicare ancora ai propri dipendenti il CCNL dei Metalmeccanici 2008 con l'effetto di legittimare la Fiom-Cgil a costituire proprie r.s.a. ex art. 19 Statuto dei lavoratori.

¹⁸⁸ Sulla irrisolta questione della titolarità del diritto di sciopero, v. di recente F. Carinci, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vogue all'assalto della titolarità individuale*, DLRI, n. 123, 2009, 3, 423 ss. Resta risolutiva, tuttavia, sul piano della politica del diritto, l'osservazione di Treu, *L'accordo di Pomigliano e gli sviluppi futuri*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2010, 7, 3, secondo il quale «l'affidabilità degli impegni è un bene prezioso per le aziende in epoche di grandi crisi; garantirla da parte del sindacato è una risorsa da spendere anche e soprattutto in situazioni di crisi».

violazione dei patti e degli impegni assunti dalle organizzazioni sindacali si riverberano e operano esclusivamente entro il piano sindacale.

Semmai, va sottolineato che, in presenza di un sistema (ancora) decisamente orientato a interpretare l'art. 40 cost. in termini di diritto soggettivo fondamentale del lavoratore, il disposto della seconda parte della *clausola di responsabilità* opera un passo nuovo e impegnativo quando stabilisce che le sanzioni "collettive" scattano anche quando i lavoratori pongono in essere attività a tutela dell'interesse collettivo ma al di fuori dell'iniziativa e del supporto dei sindacati firmatari.

Così facendo i sindacati firmatari, come si è visto, sembrano davvero assumere un ruolo alto di governo delle relazioni sindacali in azienda ma anche la responsabilità degli eventuali fallimenti gravandosi delle sanzioni conseguenti.

Si tratta di una scelta – forse necessitata dall'andamento e dagli esiti di una trattativa compressa dalla minaccia di delocalizzazione della FIAT¹⁸⁹ - che appare molto (forse, troppo) impegnativa, specie in considerazione della opposizione della Fiom-Cgil agli accordi e, quindi, della presenza in azienda di una grande forza sindacale, radicata e rappresentativa, che ha molti motivi di promuovere forme di lotta formalmente svincolate dagli impegni assunti dai sindacati firmatari.

In altri termini, sembra un azzardo assumere a proprio carico gli oneri conseguenti ai comportamenti "collettivi" dei lavoratori posti in essere al di fuori o addirittura in contraddizione con gli impegni assunti dai sindacati firmatari in quanto quei comportamenti potrebbero ben essere il frutto di azioni di lotta promosse e sostenute dalla Fiom.

Tuttavia, la questione è più complessa di quanto non sembri a prima vista in quanto tra le violazioni riconducibili alla responsabilità dei sindacati firmatari e l'applicazione delle conseguenti sanzioni non vi è alcun automatismo.

Infatti, sia gli accordi di Pomigliano e di Mirafiori che il contratto collettivo di I livello prevedono l'istituzione di una Commissione Paritetica di Conciliazione individuata quale «sede preferenziale e privilegiata» per «esaminare eventuali specifiche situazioni che concretizzino il mancato rispetto degli impegni assunti dalle Organizzazioni sindacali firmatarie ... nonché per esaminare l'operatività delle conseguenze che lo stesso prevede nei confronti delle Organizzazioni Sindacali».

Ciò significa, allora, che vengono demandate all'esame congiunto delle parti non solo la riconducibilità di eventuali specifiche situazioni a fattispecie di violazione degli impegni assunti dai sindacati firmatari, ma anche la stessa applicazione delle sanzioni collettive previste in conseguenza delle violazioni accertate.

Certo, la clausola istitutiva precisa che «in assenza di una valutazione congiunta delle parti, l'Azienda procederà secondo quanto previsto dalla clausola di responsabilità» configurando, pertanto, una semplice ipotesi di proceduralizzazione dei poteri di valutazione e di sanzione che il contratto riconosce, in ultima analisi, all'azienda. Tuttavia, non c'è dubbio sul fatto che la volontà delle parti sia quella di riservarsi un ulteriore spazio di verifica e confronto prima di procedere con l'applicazione delle sanzioni.

¹⁸⁹ Ma, come osserva Thomas C. Schelling, *La strategia del conflitto*, Mondadori, Milano, 2006, 25 ss., la minaccia è una tecnica di negoziazione che non rende meno vero e voluto l'accordo.

In definitiva, il delicato e gravoso equilibrio testimoniato dalla clausola di responsabilità e dalla previsione dei suoi effetti sanzionatori è esposto, certo, all'azione e all'interdizione dei sindacato e dei lavoratori che nell'accordo non si riconoscono, ma è, in ultima analisi, affidato alla gestione delle situazioni di conflitto che le parti hanno riposto in un sistema istituzionalizzato di composizione. Con un affidamento che tanto più sarà capace di reggere i conflitti (possibili e, in ultima analisi, probabili) quanto più risulteranno veritieri i risultati attesi dai firmatari in termini di investimenti produttivi e di continuità occupazionale.

La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*

Valerio Speziale

1. L'oggetto dell'indagine	87
2. Le finalità della riforma	87
3. Le nuove funzioni della certificazione e la «debolezza contrattuale» del lavoratore	91
4. La certificazione e la derogabilità assistita	93
5. L'arbitrato	98
6. L'arbitrato e le norme inderogabili	99
7. L'impugnazione dell'arbitrato	106
8. L'arbitrato e l'equità	106
9. La clausola compromissoria	111

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 118/2011

1. L'oggetto dell'indagine

Dopo un lungo e controverso iter parlamentare, che ha imposto sette diverse letture ed un rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica, il «Collegato lavoro» è stato approvato definitivamente. La legge, composta da 50 articoli e che si occupa di materie molto eterogenee, introduce importanti riforme in materia di Diritto del lavoro¹⁹⁰. Dopo alcune considerazioni sulle finalità della riforma, mi occuperò, tra le innovazioni, solo della certificazione e dell'arbitrato. L'analisi, peraltro, riguarderà soltanto alcuni aspetti di questi istituti. Mi soffermerò sulle nuove funzioni della certificazione ed in particolare sulla possibilità che sia stata introdotta una nuova forma di derogabilità assistita, nell'ambito del problema più generale della «debolezza contrattuale» del lavoratore. Per quanto riguarda l'arbitrato, dopo aver analizzato alcune caratteristiche generali ed i profondi cambiamenti introdotti, concentrerò l'attenzione sulla clausola compromissoria e sul rapporto tra arbitrato irrituale in materia di lavoro e norme inderogabili. Analizzerò anche i profili connessi all'equità ed ai mezzi di impugnazione del lodo dinanzi al Tribunale.

Non esaminerò il lavoro pubblico ed altre questioni molto importanti che riguardano le materie trattate (come ad esempio la modifica del regime di efficacia della certificazione o delle regole procedurali dell'arbitrato). E questo non solo per ragioni di spazio. Mi sembra, infatti, che i temi che prendo in considerazione sono tra quelli più importanti e pongono delicati problemi interpretativi che condizioneranno l'applicazione ed anche il successo della riforma in relazione agli istituti studiati.

2. Le finalità della riforma

«Liberare il lavoro dal peso della cattiva regolazione. Da un formalismo giuridico esasperato. Causa ed effetto di un contenzioso abnorme...»¹⁹¹, che non dipende dalle regole del processo del lavoro ma «dalle norme di diritto sostanziale – incentrate sull'asse “norma inderogabile - giudice” e (dalla) cultura conflittuale e antagonista che la pervade»¹⁹². È opportuno, quindi, lasciare spazio a conciliazione ed arbitrato, che dovrebbero garantire «maggiore tempestività ed effettività della giustizia del lavoro», in una «prospettiva di arretramento dello Stato dalle questioni del lavoro per lasciare spazio, in una ottica sussidiaria e partecipativa, alle libere dinamiche della contrattazione collettiva e del bilateralismo e, laddove adeguatamente sostenuta, anche alla stessa contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro»¹⁹³.

Le parole di uno dei principali consulenti del Ministro del lavoro, che ha sicuramente contribuito in modo determinante alla ideazione e realizzazione della riforma, sono illuminanti per comprendere le finalità perseguiti. Il problema della giustizia del lavoro non dipende dunque dalla insufficienza degli organici dei giudici e del personale amministrativo e dalla mancanza di mezzi e strutture. Né essa impone investimenti economici più rilevanti o la previsione di riti speciali alternativi, che possano, ad esempio, fornire canali preferenziali a controversie di particolare rilievo (come

¹⁹⁰ Ho già esaminato gli istituti analizzati in questo lavoro nel corso di approvazione della riforma. Mi permetto di rinviare a V. Speziale, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel «collegato lavoro»*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 139 ss.

¹⁹¹ M. Tiraboschi, *Premessa*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore S.p.A., Milano, 2010, p. XIII.

¹⁹² M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *I Supplementi di Guida al Lavoro – Collegato lavoro*, Il Sole 24 Ore S.p.A., Milano, 2010, p. 9.

¹⁹³ M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*, p. 8.

quelle in materia di licenziamenti). Il vero problema è nella norma inderogabile e nei diritti da essa riconosciuti. E, quindi, la deflazione del contenzioso deve essere perseguita per mezzo della...riduzione dei diritti. Questi, tuttavia, non vengono formalmente eliminati. Si preferisce invece seguire una duplice strategia. Introdurre, tramite la volontà assistita, la possibilità di modificare il contratto di lavoro (soprattutto al momento della stipulazione) con la deroga di quanto previsto dalla legge o dai contratti collettivi. Prevedere un arbitrato fondato sull'equità che, almeno nelle intenzioni, non deve essere impugnabile per violazione di norme inderogabili.

Questa linea di politica del diritto è, dal mio punto di vista, censurabile per una molteplicità di ragioni. Ma non è questo il punto. Se si vuole ridurre il peso delle norme inderogabili non è possibile realizzare questo obiettivo in modo indiretto con «l'aggiramento» delle tutele normative sostanziali. Una maggiore flessibilità del Diritto del lavoro deve essere perseguita in modo trasparente, aprendosi ad un dibattito pubblico con tutte le forze politiche e sociali e non cercando vie surrettizie di deregolazione del sistema. Questa critica è stata espressa in modo chiaro dal Presidente della Repubblica, che ha sottolineato come questo «intendimento riformatore... deve essere esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto» e realizzato con «una discutibile linea di intervento legislativo, basato sugli istituti processuali piuttosto e prima di quelli sostanziali»¹⁹⁴.

D'altra parte, le vicende relative all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori sono emblematiche e rivelatrici di queste finalità «surrettizie». Il testo originario conteneva una disposizione che poteva essere interpretata come una riforma del regime degli effetti del licenziamento illegittimo anche nell'area della stabilità reale. Solo in un secondo momento si è precisato che essa era riferita esclusivamente ai recessi disciplinati dall'art. 8 della legge 604/1966 (articolo 30, comma 3). Inoltre, sempre nelle precedenti formulazioni contenute nel disegno di legge, l'arbitrato con clausola compromissoria poteva essere riferito anche ai licenziamenti individuali e collettivi. Tuttavia, la forte opposizione della Cgil ed un'intensa campagna mediatica hanno portato alla «Dichiarazione comune» con la quale alcune organizzazioni sindacali, su sollecitazione del Governo, hanno sottoscritto un accordo interconfederale che esclude dalla materia arbitrale le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro, con un principio poi formalizzato nella legge (articolo 31, comma 10, l. 183/2010). In questo contesto si afferma che la modifica è stata introdotta «per evitare ogni rischio di strumentalizzazione (anche riguardo alle critiche di possibile "aggiramento" della tutela reale contro i licenziamenti)»¹⁹⁵, con una valutazione quantomeno singolare. Se si voleva evitare ogni strumentalizzazione sarebbe stato sufficiente specificare fin dall'inizio che la clausola compromissoria non si riferiva al recesso, mentre, nonostante le varie letture parlamentari, questa previsione non è stata mai inserita, fino a quando non vi è stata una forte opposizione da parte del mondo sindacale e politico.

¹⁹⁴ Messaggio del Presidente della Repubblica, p. 4 con il quale, il 31 marzo 2010, è stata sollecitata una nuova deliberazione della camera sul d.d.l. AS 1167 – B. Il Messaggio è reperibile sul sito della Presidenza (<http://www.quirinale.it>). Le citazioni del Messaggio contenute nel testo si riferiscono a questo documento. Critiche analoghe a quelle da me espresse anche in M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in WP Csdle «Massimo D'Antona».IT, 114/2011, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2011, p. 3; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in *Dir. lav. merc.*, 2/2010 (dattiloscritto), p. 3.

¹⁹⁵ G. Proia, M. Tiraboschi, *La legge 183 del 2010: una proposta interpretativa*, in G. Proia, M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, p. XXIII.

La volontà di riformare il Diritto del lavoro in via indiretta aggirando l'ostacolo delle norme inderogabili spiega alcuni aspetti della riforma che sono altrimenti incoerenti. Se si voleva deflazionare il contenzioso, non si comprende perché il tentativo di conciliazione obbligatorio, che aveva questa specifica funzione, è eliminato e, oltre a diventare facoltativo, viene addirittura ulteriormente «scoraggiato». Vi è, innanzitutto, la previsione di un contenuto assai dettagliato della richiesta, che è molto simile ad un vero e proprio ricorso introduttivo in sede giurisdizionale. Questo impone soprattutto al lavoratore, che in genere promuove la controversia, di svelare le proprie strategie difensive, con evidente vantaggio per l'altra parte. Inoltre si attribuisce al giudice la possibilità di dare valore al comportamento tenuto dalle parti nel corso del tentativo non andato a buon fine. Pertanto, il datore di lavoro e il lavoratore avranno il timore di conciliare la controversia in assoluta libertà, pensando che una proposta transattiva (magari fatta solo per mettere in difficoltà l'altra parte ed ottenere il rifiuto) possa vincolarli anche nel giudizio successivo¹⁹⁶. Si è obiettato che dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro venivano trattate, nei 60 giorni previsti dalla legge, soltanto un esiguo numero di controversie, di cui soltanto poco più della metà venivano conciliate. Pertanto, il tentativo di conciliazione era diventato uno strumento di ulteriore dilazione dei tempi del contenzioso e presso le DPL non si faceva altro che ratificare accordi conciliativi già intervenuti altrove con l'intervento dei rispettivi avvocati¹⁹⁷.

In primo luogo, non si capisce perché la conciliazione anche di un numero limitato di controversie non è di per sé un fatto positivo, nell'ottica di una reale volontà di deflazione del contenzioso. D'altra parte, l'esperienza professionale dimostrava l'esatto contrario. Soprattutto quando erano in gioco soltanto valori economici, l'obbligo di dover comparire personalmente dinanzi ad un soggetto terzo per un'eventuale conciliazione imponeva agli avvocati (anche a quelli non particolarmente desiderosi di trovare una transazione) di spiegare vantaggi e svantaggi di un'eventuale controversia e le convenienze di un possibile accordo, svolgendo un'utile funzione che spesso sfociava nella soluzione conciliativa. E lo stesso "disagio" della presenza personale delle parti, imposta da molte DPL, era un importante stimolo a riesaminare la questione per verificare se vi era spazio per la transazione. Non si comprende poi per quale ragione si è deciso di enfatizzare il tentativo di conciliazione dinanzi al Giudice, riformando l'art. 420 cpc: se si trattava di una questione secondaria non si vede perché si debba aggravare il magistrato di un obbligo di formulare personalmente una proposta conciliativa, con un'attività che avrebbe potuto essere svolta prima e senza il suo coinvolgimento (e magari evitando l'insorgenza della lite!). In verità, quando non vi è la volontà surrettizia di aggirare le tutele sostanziali, il legislatore si è mosso in modo del tutto diverso. Nel processo civile, caratterizzato da una mole di ricorsi assai superiore a quella della cause di lavoro e dove si vuole effettivamente deflazionare il contenzioso, per tutta una serie di controversie anche molto importanti si è introdotta la mediazione obbligatoria (d.lgs 4 marzo

¹⁹⁶ In tal senso anche E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 868.

¹⁹⁷ A. Corvino, M. Tiraboschi, *La conciliazione in materia di lavoro e la conciliazione obbligatoria dei contratti certificati*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 21; Id., *La nuova conciliazione*, in *La riforma dei rapporti...*, cit., p. 98; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. Giur.lav.*, 2010, p. 906.

2010 n. 28), che è stata incentivata anche con la previsione di particolari clausole di riservatezza¹⁹⁸. Questa innovazione poteva essere confermata anche nell'ambito lavoristico, magari favorendo la conciliazione obbligatoria con incentivi fiscali o di altro genere¹⁹⁹.

La strumentalità della riforma, d'altra parte, risulta anche da altre disposizioni in essa contenute. L'imposizione di un termine di decadenza generalizzato molto stretto per impugnare tutta una serie di atti imprenditoriali, con la previsione aggiuntiva di un ulteriore periodo temporale entro il quale attivare necessariamente il ricorso al giudice, può avere effetti contrari alla volontà di deflazionare il contenzioso. Molte controversie, che in passato non si sarebbero attivate (perché una valutazione più approfondita della situazione avrebbe sconsigliato il ricorso al giudice), saranno ora sempre proposte, perché i tempi ristretti consigliano di agire in ogni caso per non perdere il potere di tutela giudiziaria²⁰⁰. E se si trattava di evitare che, dopo l'impugnazione, il lavoratore dilazionasse eccessivamente l'instaurazione del giudizio (potendo così arrecare al datore di lavoro, in caso di esito positivo, un danno ingiusto), il problema poteva essere risolto eliminando o riducendo le conseguenze risarcitorie derivanti dall'atto illegittimo in relazione al tempo tra impugnazione stragiudiziale e ricorso dinanzi al giudice²⁰¹. Inoltre, la deflazione del contenzioso viene effettuata anche in termini regressivi. Si pensi ai lavoratori precari che, nella speranza di ottenere un rinnovo dei contratti già esauriti, non eserciteranno il diritto di impugnazione nei 60 giorni dalla loro scadenza, per il timore di non avere altre possibilità occupazionali. O all'intervento diretto a ridurre gli effetti derivanti dalla conversione dei contratti a termine, con una disposizione che è stata già inviata alla Corte Costituzionale per una valutazione sulla sua legittimità²⁰².

Gli esempi potrebbero continuare. Si è detto che, nell'accostarsi alla nuova legge, «l'attività dell'interprete deve essere "leale", nel senso che il significato attribuito alla norma deve tenere conto dell'effettiva intenzione del legislatore (e non mirare, come a volte avviene, a stravolgerla per poterla più facilmente criticare)"²⁰³. Chi scrive ha sempre cercato di seguire questo obiettivo di «lealtà», anche per evitare un'indebita sovrapposizione tra «precomprensioni» ideologiche ed analisi tecnica o quanto meno per giustificare le prime alla luce dell'applicazione di rigorose regole di interpretazione. È indiscutibile, peraltro, che gli intenti «nobili» descritti in apertura del paragrafo sono difficilmente conciliabili con le contraddizioni e le finalità effettivamente perseguitate

¹⁹⁸ In questo caso, proprio per consentire il successo della mediazione, si è previsto che le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nella fase di conciliazione non sono utilizzabili nel corso del giudizio, né possono formare oggetto di prove (art. 10). La finalità è quella di impedire... proprio quello che la riforma ha reso possibile nel processo del lavoro (evitare che le proposte conciliative vincolino le parti nel giudizio)!

¹⁹⁹ Così anche A. Vallebona, *op. ult. cit.*, in relazione alla conciliazione in sede amministrativa, anche se l'autore è favorevole alla abolizione della obbligatorietà del tentativo.

²⁰⁰ Tutte le agenzie di stampa ed i mezzi di comunicazione riportano delle migliaia di impugnazioni effettuate prima del 23 gennaio 2011, data di scadenza dei 60 giorni previsti dall'art. 32 della l. 183/2010, a cui seguiranno una parte assai elevata di controversie giudiziarie. Per tale ragione, in sede di approvazione della legge "Milleproroghe" in Senato, il termine è stato esteso alla fine di dicembre del 2011 (con conseguente possibile ampliamento delle vertenze che saranno portate in giudizio).

²⁰¹ Ad esempio, si poteva prevedere che soltanto nel caso di attivazione del giudizio entro 12 mesi si aveva diritto al risarcimento integrale. Mentre, dopo tale data, il danno riconosciuto dalla sentenza veniva proporzionalmente ridotto o eliminato.

²⁰² Cfr. Cass. (ord. interlocutoria) 28 gennaio 2011, n. 2112.

²⁰³ G. Proia, M. Tiraboschi, *La legge 183 del 2010...*, cit., p. XXIV.

dalla riforma, i cui contenuti, non a caso, sono stati fortemente censurati anche dall'intervento autorevole del Presidente della Repubblica.

3. Le nuove funzioni della certificazione e la «debolezza contrattuale» del lavoratore

La certificazione, come è noto, ha avuto una pratica limitata²⁰⁴. Essa, infatti, da un lato non riesce a consolidare la qualificazione dei contratti di lavoro (in quanto può sempre essere rimessa in discussione dal giudice ordinario e da quello amministrativo per una pluralità di vizi e di ragioni) e dall'altro non dà ingresso alla «derogabilità assistita» che l'avrebbe resa particolarmente conveniente. Prima di analizzare quest'ultimo aspetto, va sottolineato che la riforma si propone di rivitalizzare l'istituto con l'ampliamento delle sue funzioni, non più limitate alla qualificazione dei contratti o all'assistenza alle parti per la determinazione del suo contenuto. La certificazione, infatti, oltre alle attività già svolte in passato:

- può essere la sede per il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 cpc;
- è in grado di attribuire piena legittimità alle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo contenute nel contratto individuale o alla clausola compromissoria che apre la strada all'arbitrato irrituale su base equitativa;
- può definire, nel contratto individuale certificato, "elementi e parametri" che consentano di quantificare gli effetti risarcitori connessi all'art. 8 della legge n. 604/1966;
- è abilitata ad istituire camere per arbitrati irrituali sia nel lavoro pubblico che nel lavoro privato.

Il rilancio dell'istituto nascerebbe anche dalla volontà di ridurre le incertezze che derivano dalla erronea formulazione dei contratti, sia per quanto riguarda la qualificazione giuridica che il suo contenuto. In questo contesto la certificazione dovrebbe essere finalizzata a garantire la «genuina manifestazione della volontà delle parti» e sarebbe ispirata «alla regola dello "stare ai patti", che è poi il vero argine contro la deriva conflittuale permanente»²⁰⁵, con possibilità, quindi, di ridurre il ricorso alla tutela giurisdizionale.

Per confutare queste affermazioni è sufficiente richiamare le parole del Presidente della Repubblica: «la fase costitutiva del rapporto è...il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro». In questo contesto, l'assistenza dell'organo di certificazione non è sufficiente a garantire la «effettiva» genuinità della volontà del lavoratore. I certificatori, infatti, «non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata del lavoratore, una volta che sia stata confermata in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella

²⁰⁴ Cfr. le osservazioni di L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 102/2010, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2010, p. 17, a cui si rinvia per indicazioni sulla (scarsa) diffusione di questo istituto. Conf. anche A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e «tenuta» giudiziaria*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 4 (che sottolineano, peraltro, la felice esperienza dell'Università di Modena e Reggio Emilia con oltre 7000 istanze di certificazione pervenute).

²⁰⁵ M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro...*, cit., p. 9; conf. A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, p. 13; F. Pasquini, M. Tiraboschi, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, in *La riforma dei rapporti...*, cit., p. 44.

quale permane un'ovvia condizione di debolezza»²⁰⁶. Queste essenziali parole del Presidente sottolineano in primo luogo che la «debolezza contrattuale» è ancora un carattere costitutivo del rapporto di lavoro, in contrasto con quelle opinioni che, al contrario, sottolineano la presunta piena riconquista, da parte del lavoratore, della sua capacità negoziale²⁰⁷. Senza dimenticare le condizioni generali dell'economia italiana, caratterizzata da un alto tasso di disoccupazione (che in alcune parti del paese è a due cifre e per i giovani tra i 15 e 24 anni ha raggiunto il 29%), da un tasso di attività ridotto, un persistente squilibrio tra domanda ed offerta di lavoro, salari mediamente non elevati, ampie fasce di lavoro precario ed irregolare ed impoverimento dei ceti medi. Elementi, questi, che sono certamente tali da accentuare il ridotto potere contrattuale del lavoratore perché enfatizzano la sua «dipendenza economica» dal lavoro in un mercato fortemente concorrenziale «al ribasso» e dove l'occupazione è un bene raro e prezioso²⁰⁸. Tra l'altro, la protezione del contraente debole con norme inderogabili e nullità «di protezione» (o tecniche diverse) è ormai una caratteristica anche nel Diritto civile quando vi sono soggetti privi di reale capacità contrattuale per ragioni economiche (come nel caso dei consumatori)²⁰⁹. È quindi paradossale ritenere che nel rapporto di lavoro - in presenza delle condizioni di mercato sopradescritte e della «supremazia» giuridica riconosciuta al datore di lavoro - si possa affermare che il lavoratore ormai è una parte dotata di piena libertà contrattuale.

Il Presidente della Repubblica, inoltre, rileva quello che è a tutti noto. Con l'assistenza di un soggetto terzo (organo di certificazione, sindacato ecc.) il lavoratore potrebbe ottenere la rimozione delle asimmetrie informative, che impediscono una genuina espressione del suo consenso, ed eliminare o ridurre la sua posizione di soggezione nei confronti del datore di lavoro (dotato della maggiore autorità derivante dalla forza economica di cui dispone)²¹⁰. In sostanza egli potrebbe acquisire una più consapevole capacità di agire. Tuttavia, la sua scelta non sarebbe mai «libera» ma dettata dalla pura logica dei rapporti di forza. E proprio queste condizioni spiegano perché si

²⁰⁶ *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 3.

²⁰⁷ Ho già analizzato il problema della «debolezza contrattuale» (V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 143 ss.). Su tali aspetti v., di recente, P. Ichino, *Cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 453 – 454 (che nega l'esistenza di squilibri contrattuali, a conferma di quanto già espresso in *Il lavoro ed il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 58 ss.); S. Liebman, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, secondo il quale «l'asimmetria di potere negoziale dei contraenti...resta ovviamente alla base della legislazione speciale di tutela» ed anche le più recenti riforme sono finalizzate a ristabilire «un equilibrio negoziale minacciato» (p. 585); M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 414 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 208 ss. In senso critico sul concetto di «contraente debole» v. L. Castelvetri, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 20 ss.

²⁰⁸ Fanno eccezione i lavoratori in possesso di competenze professionali molto qualificate e scarsamente fungibili, che sono ovviamente una minoranza.

²⁰⁹ V., su tali aspetti, S. Liebman, *Prestazione di attività produttiva...*, cit., p. 575 ss.; M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 423 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., p. 205 ss.; A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 28 ss. (bozze).

²¹⁰ Cfr., tra gli altri, C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 388 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., pp. 74 ss., 201 ss.; E. Gragnoli, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 102 ss.; A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»*, cit., p. 36 (in relazione all'assistenza nella sottoscrizione della clausola compromissoria); M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 416 ss. In senso parzialmente diverso C. Falieri, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 134 ss. (pur nella consapevolezza che, per molti lavoratori, l'assistenza non restituisce la libertà contrattuale: p. 137). A questi autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche anche di opinioni contrarie alla tesi espressa nel testo.

sia detto che «la generalizzazione del modello della volontà assistita ha un senso solo ove si ritienga superato il presupposto sociologico del lavoratore contraente debole»²¹¹. Un presupposto che, al contrario, è ancora parte integrante del nostro sistema, se non addirittura più accentuato che in passato.

Questa situazione di «svuotamento» del potere negoziale rimane immutata, o si attenua soltanto senza peraltro sparire, quando l'assistenza è effettuata nel corso del rapporto di lavoro, come si vedrà in relazione alla stipula della clausola compromissoria dinanzi alla Commissione di certificazione (v. *infra* § 9). D'altra parte nessuna assimilazione è possibile con le conciliazioni di cui all'art. 2113, ultimo comma, c.c. Disporre di un diritto già acquisito al proprio patrimonio giuridico quando il rapporto di lavoro è cessato o in corso è cosa ben diversa dal rinunciare ai diritti futuri per un contratto ancora da eseguire. In questo secondo caso, infatti, l'assistenza qualificata non può svolgere nessuna funzione di parziale riequilibrio negoziale come nel caso della transazione assistita, dove in verità c'è soltanto un ausilio ad un esercizio più consapevole del potere abdicativo. Qui, al contrario, è in gioco la stessa possibilità di una futura occupazione, con i diritti fondamentali ad essa connessi e l'assistenza di un terzo, per le ragioni già spiegate, può fare ben poco.

In questo ambito, quando gli accordi sono frutto della mancanza o di una sostanziale limitazione della libertà contrattuale del lavoratore assente, è difficile parlare della «regola dello "stare ai patti"» come fondamento della riduzione del contenzioso. In questo caso la deflazione dei giudizi, se si dovesse verificare, sarebbe semplicemente il frutto dell'imposizione della volontà negoziale del datore di lavoro e non l'espressione di una maggiore aderenza al genuino consenso di entrambi i contraenti.

4. La certificazione e la derogabilità assistita

La riforma, nel modificare la disciplina della certificazione, pone il problema se è stata introdotta una forma di «derogabilità assistita». L'autore che per primo ha proposto l'introduzione di questo istituto, ha espresso un'opinione positiva²¹², con una tesi confermata da altri commentatori²¹³. La soluzione affermativa potrebbe trovare conforto nella interpretazione dell'art. 30, comma 2, della legge, secondo il quale «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro...». Infatti, l'inciso «nell'interpretazione delle relative clausole» potrebbe essere letto nel senso che il riferimento non è alle clausole connesse ad individuare la tipologia del rapporto di lavoro, ma a quelle in generale relative anche al contenuto del contratto. Inoltre, anche l'assistenza e consulenza nelle tipizzazioni di giusta causa e/o giustificato motivo potrebbe essere considerata come una forma di derogabilità assistita, nella misura in cui

²¹¹ M. Novella, *op. ult. cit.*, p. 417.

²¹² A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 902 per quanto attiene ai casi previsti dall'art. 30, comma 3 e 31, comma 10, ma non in relazione al comma 2 dell'art. 30, esaminato nel testo.

²¹³ L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 18 ss.

i contraenti pattuiscono nozioni meno vincolanti di quelle legali, che rendono più semplice il licenziamento²¹⁴. La clausola compromissoria arbitrale certificata, di cui si parlerà in seguito (v. § 9), potrebbe costituire un'altra forma di certificazione «in deroga».

Tra l'altro, l'art. 79, primo comma, del d.lgs. 276/2003 (rimasto immutato), se letto insieme alla nuova definizione dell'art. 75 del decreto legislativo (dove non si lega la certificazione alla sola qualificazione del contratto), potrebbe far ritenere che gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione riguardano non soltanto la definizione della tipologia negoziale ma anche il contenuto di tutte le clausole del contratto a cui sembra riferirsi il comma 2 dell'art. 30. In questo modo, si avrebbe un effetto paradossale: mentre la qualificazione effettuata in sede di certificazione potrebbe essere contestata dinanzi al giudice in base ai tre vizi tradizionali (errore, vizi del consenso, difformità tra programma negoziale e sua attuazione), il magistrato sarebbe vincolato alle valutazioni delle parti in relazione all'oggetto del contratto che non potrebbero così più essere rimesso in discussione²¹⁵. La volontà di introdurre la derogabilità assistita potrebbe trovare conferma nella linea di politica del diritto, già criticata, che vede nel contratto certificato un mezzo per «blindarne» il contenuto e per sottrarlo alla impugnazione, con evidenti effetti di deflazione del contenzioso²¹⁶.

Ho già espresso le mie critiche alla derogabilità assistita²¹⁷. In primo luogo, come si è detto nel precedente paragrafo, nessun accostamento è possibile con l'art. 2113, ultimo comma, c.c, perché è la stessa «qualità» dell'assistenza sindacale ad essere diversa e a non restituire libertà negoziale al lavoratore. D'altra parte, anche la funzione dell'ultimo comma della disposizione sulle rinunce e transazioni è completamente differente. Questa norma, che non a caso si riferisce ad atti abdicativi o negozi transattivi ed opera soltanto in relazione al singolo lavoratore, riguarda la disposizione di diritti derivanti da norme inderogabili. Al contrario, qui si prevede un meccanismo che consente alla parte «assistita» di trasformare la norma imperativa in disposizione derogabile,

²¹⁴ In questo caso, peraltro, la formulazione letterale del comma 3 permetterebbe anche un'altra interpretazione: la legge, in sede di certificazione, consente alle parti di «tipizzare e personalizzare» i contenuti della giusta causa e del giustificato motivo senza peraltro autorizzare la deroga peggiorativa delle nozioni legali, ma solo quella migliorativa (tesi, questa sostenuta da A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 901 e da M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., p. 14). Il carattere non vincolante delle tipizzazioni di licenziamento certificate, basato sul fatto che il giudice «tiene conto» delle causali, è confermato da M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro...*, cit., p. 11; Id., *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice, in La riforma dei rapporti...*, cit., p. 36; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., pp. 48 – 49; A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, cit., p. 14 ss.; E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento...*, cit., p. 867; L. Nogler, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 9; L. de Angelis, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 14.

²¹⁵ In tal senso: G. Falasca, *Potenziata la certificazione dei contratti di lavoro, in I Supplementi...*, cit., p. 16; F. Natalini, *Le novità del Collegato lavoro in tema di Certificazione*, ivi, p. 19; M. Tiraboschi, *Clausole generali...*, cit., pp. 35 – 36; A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, cit., pp. 13 – 14. La non impugnabilità delle valutazioni delle parti è stata contestata da M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 877, il quale ritiene che, se così fosse, la disposizione sarebbe in contrasto con gli artt. 24 e 101 Cost. Tuttavia, se si trattasse di una forma di derogabilità assistita in grado di produrre gli stessi effetti dell'art. 2113, u.c., c.c. la non impugnabilità potrebbe essere probabilmente superata.

²¹⁶ Nessuno degli autori citati nella nota precedente parla di derogabilità assistita. Mi sembra, peraltro, che se la valutazione delle parti è vincolante per il giudice, si è in presenza di questo istituto.

²¹⁷ V. Speziale, *Certificazione: introduzione*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 144 ss.

venendo ad incidere sulla stessa funzione regolativa dell'inderogabilità, che, per la tutela di interessi pubblici o superindividuali, esclude la contraria volontà delle parti. In questo caso, dunque, non si dispone dei propri diritti individuali ma si «depotenzia» una qualificazione normativa effettuata dalla legge o dall'autonomia collettiva per fini generali o a tutela del gruppo professionale e non riconducibile esclusivamente alla sfera individuale del singolo come nel caso dell'art. 2113, u.c.. L'accostamento con questa norma, quindi, è del tutto arbitrario e pretende di confondere il piano dell'inderogabilità con quello della indisponibilità (seppur relativa) regolata da quest'ultima disposizione²¹⁸. La flessibilizzazione della norma inderogabile non può essere rimessa alla volontà del lavoratore con l'ausilio di un soggetto terzo, ma deve essere effettuata dalla legge, o su delega della prima, dalla contrattazione collettiva in una logica di ponderazione delle varie istanze pubbliche o superindividuali coinvolte e nel bilanciamento degli interessi costituzionali e comunitari a protezione dell'impresa e del lavoro. Il che, tra l'altro, affiderebbe alla contrattazione tra le parti sociali la funzione di rimozione di un vincolo inderogabile alla luce di un interesse collettivo e non a sostegno della volontà di un singolo, evitando di trasformare le organizzazioni sindacali in mere «agenzie di servizio dell'individuo»²¹⁹.

A parte queste considerazioni, si tratta di capire se la riforma introdotta sia effettivamente tale da dare spazio alla derogabilità assistita e, in caso di risposta positiva, se essa sia compatibile con il nostro sistema giuridico. In relazione al primo aspetto va detto che, come si è visto, la formulazione dell'art. 30 consentirebbe di giungere a tali conclusioni, anche se essa conserva un certo margine di ambiguità. Infatti il periodo «nell'interpretazione delle relative clausole» potrebbe essere connesso alla «qualificazione del contratto» e riferirsi a quelle parti che incidono sull'individuazione del tipo negoziale e senza riguardare la regolazione del contenuto dell'accordo. Tuttavia, una vera e propria «rivoluzione» come quella sopra descritta, che consentirebbe di mutare il «codice genetico» del Diritto del lavoro con un nuovo istituto di carattere generale ed applicabile a tutte le materie del rapporto, non potrebbe fondarsi su una disposizione ambigua. E questo suggerisce di utilizzare le potenzialità polisemantiche della disposizione per interpretarla in modo restrittivo, escludendo quindi la funzione derogatoria²²⁰. Il tutto in applicazione del canone di interpretazione apagogico o “per assurdo”, che «impone di scartare le interpretazioni assurde o irragionevoli, in sé considerate, oppure per le loro conseguenze sul diritto e/o sui fenomeni regolati»²²¹.

²¹⁸ Su tali problematiche cfr. R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., pp. 65 ss., 208 ss.; C. Cester, *La norma inderogabile...*, cit., pp. 387 ss. e 407 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 433 ss., 441 ss., 451, 476; M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., pp. 415 ss., 246 ss., 320 ss., 345 ss.

²¹⁹ G. Casadio, *Introduzione*, in AA.VV., *Il «Libro bianco» del Ministero del lavoro*, in q. *Riv.*, 2002, I, p. 145. Cfr. anche R. Voza, *op. ult. cit.*, p. 210.

²²⁰ Così anche L. de Angelis, *Opinioni sul «Collegato lavoro...*, cit., p. 13 ss. Id., *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 111/2010, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2010, pp. 8 – 9; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 46 ss.; S. Centofanti, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010*, n. 183, Giappichelli, Torino, 2011, p. 31; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., pp. 19 – 20; L. Nogler, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 9; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 902.

²²¹ P. Chiassoni, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 559.

Ad ogni buon conto, se, al contrario, si giungesse ad esiti interpretativi opposti, la derogabilità assistita non sarebbe coerente con l'ordinamento giuridico in materia di lavoro. Un primo ostacolo è rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale secondo la quale al legislatore non è consentito «negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento...»²²². In particolare, «non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione proprie del lavoro subordinato»²²³. Questi principi, anche se criticabili²²⁴, escludono la legittimità della derogabilità assistita anche in relazione al contenuto del contratto. Infatti, in questi casi la legge consentirebbe alle parti, «con la propria dichiarazione contrattuale», di disporre della disciplina inderogabile, realizzando proprio quel fine che la Corte Costituzionale intende vietare. Una regola che, secondo la Corte, sembra avere valenza generale (ed è quindi riferita anche alla inderogabilità garantita dalla legge o dalla contrattazione collettiva). In ogni caso, se «i principi, le garanzie e diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia... sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti...»²²⁵, la regola sopra descritta vale sicuramente per tutti i diritti di origine costituzionale e comunitaria.

In questo contesto, la presenza dell'organo di certificazione non cambia i termini della questione. Infatti, la Corte Costituzionale sottolinea che, almeno per quanto attiene ai diritti scaturenti da fonti sovraordinate alla stessa legge ordinaria, si è in presenza di una sorta di «indisponibilità assoluta», vincolante anche per il legislatore. Un limite, questo, certamente non superabile con una assistenza qualificata. Tra l'altro l'art. 2113, comma 4, c.c. non consente di risolvere il problema. Perché è vero che in questi casi il lavoratore può, se coadiuvato da un terzo, rinunciare anche a diritti di fonte costituzionale. Tuttavia in queste ipotesi si dispone di posizioni soggettive di un singolo lavoratore e già appartenenti al suo patrimonio giuridico. Mentre nella derogabilità assistita si incide sul carattere imperativo previsto da fonti eteronome ed in rapporto a diritti e non ancora acquisiti. Senza dimenticare l'inidoneità dell'assistenza qualificata a restituire al lavoratore un effettivo potere negoziale quando sono in gioco scelte giuridiche ed economiche che influenzano l'esistenza ed il contenuto del futuro rapporto di lavoro. Queste differenze, e quelle ulteriori già in precedenza delineate, impediscono qualsiasi assimilazione tra le due situazioni, a meno, ancora una volta, di voler indebitamente sovrapporre il piano della inderogabilità con quello della indisponibilità relativa dei diritti.

Un ulteriore ostacolo alla introduzione della derogabilità assistita è costituito dal «diritto vivente»²²⁶ in tema di invalidità delle rinunce relative ai diritti futuri²²⁷. La giurisprudenza, infatti,

²²² Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2434.

²²³ Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, ivi, 1994, I, p. 2657.

²²⁴ Rinvio all'analisi da me effettuata (V. Speziale, *Certificazione*..., cit., p. 193 ss.).

²²⁵ Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit., p. 2657.

²²⁶ M. Novella, *L'inderogabilità*..., cit., p. 359.

²²⁷ La nullità di questi atti abdicativi è confermata da costante dottrina. Si rinvia a R. Voza, *L'autonomia individuale*..., cit., p. 52, a cui si rimanda (note 189 – 191) per le ulteriori indicazioni bibliografiche. Successivamente v. M. Novella, *L'inderogabilità*..., cit., pp. 293 ss., 334 ss., 341, 359 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità*..., cit., pp. 441, 446.

inclusa la Corte Costituzionale, ha sancito la nullità assoluta - estranea alla disciplina dell'art. 2113 c.c. - degli atti abdicativi o transattivi connessi a diritti non ancora entrati nella sfera giuridica del lavoratore²²⁸. Questa giurisprudenza, tra l'altro, è sempre riferita ad ipotesi di rinunzie o transazioni effettuate in sede sindacale o dinanzi ad uffici pubblici a dimostrazione del fatto che l'assistenza qualificata non può consentire la disponibilità di... ciò che ancora non si possiede²²⁹ ed a riprova che il sostegno esterno nella derogabilità assistita non ha la medesima funzione svolta nell'ambito dell'ultimo comma dell'art. 2113, in quanto non può minimamente incidere sullo squilibrio contrattuale tra le parti. Quest'orientamento giurisprudenziale conferma le osservazioni già svolte sulla impossibilità di assimilare la deroga a norma imperativa con l'atto dispositivo relativo a singoli diritti²³⁰. Se, dunque, l'art. 30, commi 2 e 3, della l. 183/2010 venisse interpretato quale espressione di derogabilità assistita, si sarebbe in presenza di un atto abdicativo consensuale relativo a diritti futuri sicuramente colpito da nullità perché in contrasto con i principi sopra indicati, che sono parte della «costituzione materiale» del lavoro. E questo avverrebbe non solo in rapporto a norme costituzionali o comunitarie ma anche per quanto attiene alle disposizioni inderogabili di legge e/o del contratto collettivo.

Il diritto vivente descritto è sicuramente espressione dell'indisponibilità di alcune tutele garantite da fonti sovraordinate alla legge di cui si è già parlato. Esso peraltro sembra fondarsi anche sul principio, autorevolmente espresso dal Presidente della Repubblica, secondo il quale quando esiste «un evidente, marcato squilibrio di potere contrattuale tra le parti, la Corte (costituzionale) ha riconosciuto la necessità di garantire la "effettiva" volontarietà delle negoziazioni...»²³¹. In questo contesto, dunque, la derogabilità assistita sembra impedita da un assetto costituzionale che attribuisce alla giurisprudenza sulla nullità degli atti abdicativi relativi ai diritti futuri una particolare «forza di resistenza» anche a riforme legislative che la volessero introdurre.

Per evitare che le nuove disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 30 della l. 183/2010 siano in contrasto con i principi giuridici sopra analizzati, si è già proposta l'interpretazione che riconduce il vincolo del giudice alla qualificazione e non al contenuto del contratto. Se, invece, tenendo conto delle parole utilizzate dal legislatore, si volesse estendere l'obbligo del magistrato anche alle regole del rapporto di lavoro, il comma 2 va considerato come una norma sull'interpretazione del contratto. Infatti il giudice per non «discostarsi dalla valutazione delle parti» deve ricostruire l'intenzione dei contraenti. In questo ambito, il riferimento alle valutazioni espresse in sede di certificazione altro non significa che il giudice, per individuare la loro «comune intenzione», deve dare particolare rilievo all'interpretazione letterale del testo contrattuale (ed in questo senso non

²²⁸ Corte Cost. 7 marzo 1974 n. 77, in www.cortecostituzionale.it, p. 1 (in relazione alla retribuzione); Cass. 18 aprile 1986, n. 2766; Cass. 8 luglio 1988, n. 4529; Cass. 13 marzo 1992, n. 3093; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548; Cass. 6 novembre 2001, n. 13834; Cass. 26 maggio 2006, n. 12561; Cass. 20 febbraio 2007, n. 3920.

²²⁹ P. Tullini, *Indisponibilità...*, cit., p. 446.

²³⁰ Infatti, quando la rinunzia riguarda diritti non ancora sorti, essa «viene ad assumere il valore di atto diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata in maniera inderogabile dalle norme di legge o di contratto collettivo, e ciò ne determina la nullità a norma dell'art. 1418 cod. civ. o l'invalidità o l'inefficacia a norma dell'art. 2007 c.c.» (Cass. 6 novembre 2001, n. 13834, cit.).

²³¹ *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 3.

se ne può «discostare»). Gli si chiede, dunque, di agire in piena coerenza con quanto la giurisprudenza afferma in relazione agli artt. 1362 ss. c.c.²³², con l'obbligo di una motivazione adeguata del perché intenda aderire o meno al significato proprio delle parole utilizzate nell'accordo²³³.

5. L'arbitrato

La riforma ha modificato profondamente la materia, con l'intento di rilanciare un istituto che, salvo alcune eccezioni (ad esempio, nel settore privato, per le sanzioni disciplinari) ha avuto scarsa applicazione del Diritto del lavoro. In questo ambito l'arbitrato può essere un valido strumento di deflazione del contenzioso purché rispetti determinati requisiti. In particolare, è necessario che questa giurisdizione sia celere, affidata a persone competenti, gratuita per il lavoratore (o almeno con costi molto contenuti) e, soprattutto, deve attribuire alle parti la stessa tutela del giudice ordinario. In verità si è sostenuto che il mancato decollo dell'istituto è proprio connesso all'obbligo degli arbitri di applicare le norme inderogabili ed alla possibilità di impugnare il lodo per la loro violazione²³⁴. La realtà è diversa. La scarsa utilizzazione dell'arbitrato è legata soprattutto ai costi elevati ed al fatto che non è assicurata la necessaria competenza professionale degli arbitri. In situazioni nelle quali il processo del lavoro è in ogni caso relativamente lungo (con una media di due anni), il lavoratore e il datore di lavoro potrebbero essere entrambi molto interessati ad un giudizio che gli assicuri lo stesso livello professionale del magistrato e si svolga in tempi celeri. L'applicazione delle norme inderogabili non è il problema fondamentale, anche perché a fronte di un giudizio ben motivato - che comunque darebbe alle parti in tempi brevi una certezza almeno relativa sulla legittimità del loro comportamento - non necessariamente vi sarebbe l'interesse ad impugnare. Mentre il datore di lavoro potrebbe accettare di sopportare costi accettabili del giudizio purché esso sia rapido e tecnicamente valido.

La riforma non sembra introdurre requisiti che ne consentiranno un'ampia utilizzazione. Sotto il profilo della competenza degli arbitri, nulla si dice per quello previsto dai contratti collettivi, mentre nel caso dell'arbitrato disciplinato dal nuovo art. 412 c.p.c. (estensibile anche ai licenziamenti) il giudizio verrebbe emesso da funzionari della DPL che, per formazione e cultura, non sono in grado di assicurare la necessaria professionalità. La situazione sembra diversa nell'arbitrato previsto dall'art. 412 quater, dove il terzo membro deve essere selezionato tra i professori universitari o gli avvocati cassazionisti, con un limite che potrebbe valere anche nell'ipotesi di cui la scelta venga effettuata non dalle parti ma dal Presidente del Tribunale. Tuttavia la stessa disposizione prevede un compenso molto basso pari al 2% del valore della controversia e quindi in una lite di valore indeterminato od anche di una certa consistenza economica (ad es. 100.000 Euro) al Presidente del collegio arbitrale spetterebbero 1000/2000 Euro. Una somma che certo non invoglierà professionisti di valore ad accettare l'incarico²³⁵. In realtà occorreva accollare le spese del

²³² Sulla prevalenza della formulazione letterale quale strumento prioritario ed esclusivo di interpretazione del testo contrattuale v. A. Guerra, *Il contratto collettivo*, in *Un dibattito su giurisprudenza e tecniche di interpretazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 672 ss. (con numerosi riferimenti giurisprudenziali a cui va aggiunta, tra le tante, Cass. 30 ottobre 2009, n. 23066).

²³³ Ho espresso questa tesi in *La riforma della certificazione...*, cit., p. 150. Ad essa aderiscono L. de Angelis, *Collegato lavoro...*, cit., pp. 8 – 9; Id., *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 13 – 14; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., pp. 19 – 20.

²³⁴ A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 907; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 41, nota 7 (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Id., *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *La riforma...*, cit., p. 113.

²³⁵ C.A. Nicolini, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (art. 412-quater c.p.c.)*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., pp. 197 – 198; D. Borghesi, *L'arbitrato ai tempi del «Collegato lavoro»*, in *Judicium – Saggi – Processo civile*, in www.judicium.it, p. 39.

terzo arbitro al datore di lavoro (con incentivi di carattere fiscale) e senza limiti di compenso od applicando al più le tariffe professionali. La nuova normativa non soddisfa quindi l'interesse ad un procedimento più celere di quello ordinario e con la medesima (o superiore) competenza.

La legge 183/2010, inoltre, intende espressamente imporre che il giudizio arbitrale si fondi sull'equità (anche se nei limiti più stringenti introdotti nella versione finale) e vuole sottrarre gli arbitri dall'applicazione delle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. Si tratta di vedere se questo obiettivo è stato raggiunto (v. *infra* § 6 e 8). Qui è sufficiente rinviare alle osservazioni del Presidente della Repubblica che ha fortemente censurato il ricorso all'equità, che non può essere utilizzato come un «grimaldello» per scardinare le tutele sostanziali del lavoratore. Comunque, se in effetti le norme inderogabili non sono applicabili, il lavoratore, a parte le questioni sulla competenza degli arbitri, avrà un interesse ulteriore a non utilizzare l'arbitrato, che gli fornisce meno garanzie della giustizia ordinaria. Quindi, poiché l'istituto presuppone, a lite insorta, un accordo di entrambe le parti per devolvere la questione ad arbitri, ne deriva che tutta la parte preponderante della riforma in materia costituirà solo un ponderoso assetto normativo privo di concreta applicazione. Mentre l'unica disposizione che potrà avere successo sarà quella relativa alla clausola compromissoria, dove, come vedremo, la volontà del lavoratore di accedere all'arbitrato non è libera e presenta profili di incostituzionalità. Comunque, l'utilizzazione dell'arbitrato tramite la clausola compromissoria potrebbe non essere interessante neanche per i datori di lavoro. L'istituto, infatti, solleva numerosi problemi interpretativi sia in rapporto alla esclusione delle norme inderogabili, sia per quanto attiene alla esatta individuazione dei limiti del potere equitativo degli arbitri (che potrebbe essere molto più esteso di quanto a prima vista si potrebbe credere). Senza dimenticare che il giudizio arbitrale, in ogni caso, potrà essere impugnato dinanzi al Tribunale e delicate questioni giuridiche si pongono anche sui limiti del sindacato giurisdizionale. Queste incertezze potrebbero scoraggiare anche gli imprenditori dal ricorrere ad un giudizio che potrebbe aprire più problemi di quanto ne possa risolvere²³⁶.

6. L'arbitrato e le norme inderogabili

La legge 183/2010 ha introdotto quattro nuove forme di arbitrato, di cui uno demandato alla contrattazione collettiva e tre "da legge"²³⁷. Inoltre ha completamente riscritto gli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c. ed ha modificato il regime di impugnazione dei lodi, anche se, da questo punto di vista, non vi sono innovazioni significative. La nuova disciplina è molto complessa e pone numerose questioni interpretative.

Le nuove disposizioni regolano degli arbitrati irrituali. Questa conclusione è confermata dalla formulazione letterale, nella quale si precisa che il lodo «produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile». È evidente il riferimento al contratto ed anche agli atti negoziali a contenuto abdicativo. Tra l'altro la decisione è impugnabile «ai sensi dell'articolo 808 ter», che è la disposizione generale del c.p.c. per l'arbitrato irrituale,

²³⁶ C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, parla di normativa densa di «“trabocchetti”» e realizzata «con soluzioni tecniche decisamente discutibili» (p. 197).

²³⁷ Così definiti da M. Bove, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in *Judicium – Saggi – Diritto dell'arbitrato*, in www.judicium.it, p. 15.

qualificato come «determinazione contrattuale». L’assimilazione con gli atti negoziali ed il riferimento ai mezzi di impugnazione dell’arbitrato irrituale previsto dal codice di rito escludono ogni dubbio. Indubbiamente si tratta di arbitrati irrituali *sui generis* (si è parlato di un «ibrido») perché, ad esempio, per quelli disciplinati dagli artt. 412 e 412 quater, è prevista la possibilità di rendere il lodo esecutivo, caratteristica questa estranea al modello previsto dall’art. 808 ter²³⁸. Tuttavia, nonostante questa peculiarità, il carattere irrituale sembra, per le ragioni già dette, indiscutibile²³⁹.

Le nuove forme arbitrali possono riguardare tutte le controversie relative ai rapporti di cui all’art. 409 c.p.c.²⁴⁰ Da questo punto di vista vi è la conferma di quanto già previsto dall’art. 5 della l. 533/1973. Ne deriva l’estensione dell’arbitrato anche a diritti indisponibili, che sono sicuramente coinvolti nelle controversie disciplinate dalla disposizione sulla competenza funzionale in materia di lavoro²⁴¹. D’altra parte il riferimento agli «effetti» delle rinunzie e transazioni di cui all’ultimo comma dell’art. 2113 rafforza tale conclusione. Gli atti e gli accordi previsti da questa disposizione riguardano, nella maggior parte dei casi, proprio diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili. Si è creata, in questo modo, una situazione alquanto particolare. Nel Diritto civile l’arbitrato è previsto solo per i diritti disponibili (art. 806, comma 1, c.p.c.). Nell’ambito del Diritto del lavoro, al contrario, tutte le forme di arbitrato, compreso quello irrituale, si estendono a qualunque tipologia di diritto. Di qui il paradosso del divieto di arbitrati in materia societaria – dove sono in gioco soprattutto questioni patrimoniali – su controversie che hanno ad oggetto «interessi della società o che attengono alla violazione di norme poste a tutela dell’interesse collettivo dei soci e dei terzi»²⁴². Mentre, al contrario non vi sono limiti al giudizio arbitrale in una materia, come quella del lavoro, caratterizzata da norme inderogabili e da diritti (relativamente) indisponibili. L’enfasi sull’arbitrato come «arretramento dello Stato» in una dimensione «sussidiaria» ed in alternativa ad una «cultura pubblicistica e statalistica della giustizia»²⁴³ sconta, come al solito, una visione settoriale e riduttiva della funzione giurisdizionale. Infatti l’esclusione dell’arbitrato in determinati ambiti si giustifica con la volontà dell’ordinamento di privilegiare il processo ordinario quale strumento di migliore garanzia ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) quando sono in gioco diritti fondamentali ed interessi di carattere generale o superindividuale. Mentre, nel Diritto del lavoro, sembra che di queste esigenze garantistiche ormai...non vi sia più traccia!

Alcune tra le nuove forme di arbitrato, quelle previste dagli artt. 412 e 412 quater e dal comma 10 dell’art. 31 della l. 183/2010 (in relazione al giudizio attivabile con clausola compromissoria) stabiliscono che il lodo può essere deciso «secondo equità, nel rispetto dei principi generali

²³⁸ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 18 (con ulteriori riferimenti bibliografici). Su tali aspetti, v. anche D. Borghesi, *L’arbitrato...*, cit., p. 13.

²³⁹ La natura irrituale dei nuovi arbitrati è confermata dagli autori citati nelle precedenti note 7, 45 e 46 e da D. Borghesi, *L’arbitrato...*, cit., p. 13 ss.; M. Bove, *op. ult. cit.*, p. 19; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 16 ss.; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 52; M. Scillieri, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato*, in *La riforma...*, cit., p. 147 ss.; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 109 ss.; S. Boccagna, *L’impugnazione del lodo arbitrale*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 148 ss.; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 5 ss.

²⁴⁰ Si vedano gli artt. 412 (letto in combinazione con l’art. 410), 412 ter e 412 quater c.p.c.

²⁴¹ In tal senso anche R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.; G. Proia, *Le clausole compromissorie*, in *La riforma...*, cit., p. 139 ss.

²⁴² Cass. 6 luglio 2000, n. 9022.

²⁴³ Queste ultime parole sono di M. Sacconi, *Giustizia del lavoro: meno stato più società*, in *La riforma...*, cit., p. XVII. V. retro § 2.

dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari»²⁴⁴. Questa formulazione, modificata dopo le severe critiche del Presidente della Repubblica, dimostra la volontà di sottrarre l'arbitrato dall'applicazione delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo e dalla possibile impugnazione dinanzi al Tribunale per la loro violazione²⁴⁵. La legge, da questo punto di vista, conferma la liberalizzazione del giudizio arbitrale già da tempo in atto, realizzata prima con l'eliminazione del divieto del giudizio equitativo nell'arbitrato con clausola compromissoria e poi con l'esclusione dell'obbligo del rispetto delle norme inderogabili. In sostanza si era già sviluppata una linea di tendenza che assimilava l'arbitrato in materia di lavoro a quello di Diritto civile consentendo, anche per il primo, il giudizio equitativo²⁴⁶. L'intento era quello di dare maggiore stabilità al lodo sottraendolo alla possibilità del rispetto delle regole di diritto ed alla contestazione della loro mancata applicazione in sede giurisdizionale. E non a caso si era sostenuto che l'arbitrato, con queste caratteristiche, era diventato una forma «surrettizia» di aggiramento della norma inderogabile²⁴⁷. La riforma, dunque, non sembrerebbe avere un carattere fortemente innovativo.

In verità la situazione è più complessa. Vi è infatti un consistente orientamento dottrinario che ritiene che l'arbitrato irrituale, anche se deve decidere secondo equità, è soggetto al vincolo del rispetto delle norme comunitarie e costituzionali, di quelle di ordine pubblico ed anche delle disposizioni inderogabili di legge. Questa conclusione è basata sulla natura contrattuale dell'arbitrato (considerato, con diverse opinioni, come arbitraggio, negozio di accertamento, atto dispositivo) e sul fatto che un atto negoziale è sempre soggetto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., al rispetto delle norme imperative. L'interpretazione avrebbe trovato conferma nella riforma del 2006, perché l'art. 808 ter qualifica l'arbitrato irrituale come «determinazione contrattuale» e prevede delle ipotesi di «annullabilità» del lodo, lasciando quindi spazio anche alle impugnazioni per nullità, come quelle regolate dagli artt. 1418 e 1419 c.c.²⁴⁸ A questa tesi se ne contrappone un'altra. Le innovazioni introdotte recentemente, in coerenza con una evoluzione giurisprudenziale già in

²⁴⁴ Nulla viene detto per l'arbitrato in sede collettiva (art. 412 ter) e per quello svolto dinanzi alle camere arbitrali degli organi di certificazione (art. 31, comma 12, l. 183/2010). Non posso approfondire il problema. Tuttavia il carattere irrituale di entrambi gli arbitrati, assimilati agli altri, dovrebbe consentire l'estensione analogica anche ad essi di quanto previsto in tema di giudizio di equità.

²⁴⁵ Questo intento della legge è dimostrato anche dall'«espresso riferimento» – contenuto nella versione precedente a quella approvata – alla impossibilità di impugnare l'arbitrato per le ragioni indicate nell'art. 829, commi quarto e quinto, c.p.c. (che riguardano la violazione di regole di diritto o di contratti ed accordi collettivi di lavoro). V., sul punto, V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 161 ss.; Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 115.

²⁴⁶ Le tappe di questa riforma sono scandite prima dalla modifica dell'art. 808, comma 2, c.p.c. da parte dell'art. 3 della l. n. 25/1994 e poi dall'abrogazione dei commi 1 e 2 dell'art. 5 della l. 533/1973, con apertura all'arbitrato di equità, al mancato obbligo di rispetto delle norme inderogabili e così via. Cfr., su tali aspetti, M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 402 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 112 ss.

²⁴⁷ M. Novella, *op. ult. cit.*, p. 413; C. Cester, *La norma inderogabile...*, cit., pp. 411 – 412; M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 328 ss.

²⁴⁸ Cfr. G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, pp. 436 – 439 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 148 a p. 439); M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c.*, in S. Menchini (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuov. leg. civ. comm.*, p. 1160; Id., *ADR nel c.d. collegato...*, cit., pp. 19 – 20; P.L. Nela, *Commento all'art. 808 ter*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, p. 1643; V. Bertoldi, *Art. 808 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di Procedura Civile Commentato*, III, Ipsa, Milano, p. 1655 (con citazioni giurisprudenziali); D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., secondo il quale «in dottrina e giurisprudenza (è pacifico) che l'arbitrato irrituale non può disapplicare le norme inderogabili...», p. 29.

atto²⁴⁹, avrebbero statuito una concezione unitaria del fenomeno arbitrale, secondo il quale l'arbitrato irrituale avrebbe natura di «atto decisorio» e si differenzierebbe dall'altro soltanto sotto il profilo degli effetti, costituendo un semplice negozio giuridico (una «determinazione contrattuale» appunto), che non potrebbe avere il valore di sentenza (come stabilito, per quello rituale, dall'art. 824 bis c.p.c.). In questo contesto non sarebbe possibile l'impugnazione per contrasto con norma imperativa²⁵⁰. Nel Diritto del lavoro, dopo le modifiche legislative del 1998 e del 2006, il dibattito si è sviluppato in modo autonomo e solo in parte influenzato da quello processuale civilistico. Buona parte della dottrina ha sostenuto che, nonostante le novità, l'arbitrato irrituale in materia di lavoro era sempre soggetto al vincolo delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, da far valere, in caso di loro violazione, come specifico mezzo di impugnazione²⁵¹. Una tesi che, in parte, ha trovato conforto anche in giurisprudenza²⁵². Si era sostenuta anche l'interpretazione opposta, che era peraltro minoritaria²⁵³.

In questo contesto si potrebbe dunque sostenere che la riaffermazione espressa del carattere equitativo dell'arbitrato non escluderebbe l'obbligo del rispetto delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo²⁵⁴. E questa tesi è stata immediatamente fatta propria da un autore secondo il quale l'equità, nei limiti definiti dalla legge, costituirebbero soltanto un limite positivo, evitando che essa si trasformi in arbitrio, mentre le norme inderogabili delimiterebbero in negativo il potere equitativo, costituendo un vincolo comunque da rispettare²⁵⁵.

In verità questa interpretazione, di cui condivido pienamente le finalità di politica del diritto, potrebbe essere contrastata dalla previsione secondo la quale gli arbitrati producono «gli effetti» dell'art. 2113, ultimo comma, c.c. Quest'ultima disposizione, come è noto, consente atti abdicativi o transattivi assistiti con i quali, purché si tratti di situazioni soggettive già appartenenti al patrimonio giuridico del lavoratore, si può liberamente disporre di tutti i diritti derivanti da norme inderogabili di legge. Ebbene il legislatore ha inteso attribuire agli arbitri il medesimo potere. E, quindi, di fatto li ha svincolati dal rispetto delle norme inderogabili attribuendo loro la medesima capacità dispositiva che il singolo lavoratore, con un'assistenza qualificata può esercitare. Questa

²⁴⁹ V. Bertoldi, *op. ult. cit.*, p. 1621 (a cui si rinvia per l'indicazione della giurisprudenza).

²⁵⁰ Cfr. V. Bertoldi, *op. ult. cit.*, p. 1623 (con ampie citazioni bibliografiche) per la lettura dell'istituto arbitrale in chiave unitaria. Per la non impugnabilità dell'arbitrato irrituale per violazione di norme imperative dopo l'introduzione dell'art. 808 ter c.p.c., v. G. Tota, *Art. 808 ter (Arbitrato irrituale)*, in A. Briguglio, B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 555 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁵¹ Il vincolo delle norme inderogabili era sostenuto, tra gli altri, da G. Pera, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 370; M. G. Garofalo, *op. ult. cit.*, p. 322 ss.; D. Borghesi, *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione previsti dai contratti collettivi*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 1061; Id., *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 824; M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c....*, cit., p. 1194. Per l'indicazione di altri autori rinvio a M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 404, nt. 28; P. Tullini, *Indisponibilità...*, cit., p. 460, nt. 114; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 5, nt. 37 e 38; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 133, nt. 65.

²⁵² Cass., Ss. Uu., 1 dicembre 2009, n. 25253; Cass. 22 febbraio 2006, n. 4025; Cass. 4 aprile 2002, n. 4841.

²⁵³ R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso di lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 754 ss.; A. Vallebona, *L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, ivi, 2001, p. 79; R. Flammia, *Conciliazione ed arbitrato nel rapporto di lavoro privato*, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, Bancaria, Roma, p. 42.

²⁵⁴ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 19; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., p. 196.

²⁵⁵ A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., pp. 6 e 10.

utilizzazione dell'art. 2113 in funzione di esclusione dall'inderogabilità è stata sottolineata da molti commentatori²⁵⁶. Ed infatti si è subito affermato che, ad esempio, gli arbitri potranno anche non applicare l'art. 18 dallo statuto dei lavoratori²⁵⁷. Si è giustamente obiettato che, con poche parole, si metterebbe in discussione l'intero impianto del Diritto del lavoro²⁵⁸. Un'affermazione del tutto condivisibile, ma insufficiente, a mio giudizio, a rendere ineffettiva questa intenzione della riforma.

Mentre, in modo più fondato, si è sottolineata l'impossibilità di accostare l'arbitrato, anche di carattere equitativo, alle rinunce e transazioni assistite. Nel primo caso gli arbitri, attraverso un giudizio, intervengono sul regolamento contrattuale «riscrivendone» il suo contenuto e definendo l'assetto degli interessi per i profili controversi. Nel secondo il lavoratore viene a disporre di un proprio diritto e senza che si realizzino gli effetti sopradescritti²⁵⁹. In verità nessun accostamento è possibile, sotto il profilo strutturale, tra decisione arbitrale - assunta da terzi imparziali, nell'ambito di un procedimento fissato nei tempi, nelle cadenze e nel rispetto del contraddittorio e che sfocia in un provvedimento a contenuto decisorio - e l'atto dispositivo compiuto personalmente dal singolo lavoratore con un'assistenza qualificata²⁶⁰. Tuttavia non è questo il problema. Il legislatore non ha equiparato arbitrato e rinunce o transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 nelle caratteristiche costitutive dei diversi istituti, ma ha inteso attribuire al giudizio arbitrale il medesimo effetto dispositivo dei primi. Questa equiparazione è del tutto legittima, soprattutto se si considera che l'arbitrato equitativo irrituale è stato considerato come una «sorta di disposizione indiretta dei diritti sottesy alla lite che i soggetti contraenti affidano all'arbitro...»²⁶¹. Tra l'altro, ad una prima analisi non sembrano presenti profili di incostituzionalità. Il giudizio arbitrale viene abilitato a realizzare la stessa funzione degli atti contemplati dall'art. 2113 u.c., che ha superato il vaglio della Corte Costituzionale, nell'ambito oltretutto di specifici mezzi di impugnazione che non lo rendono irreversibile.

Si dovrebbe dunque concludere che le nuove forme di arbitrato irrituale sono sempre sottratte al vincolo del rispetto delle norme inderogabili²⁶². Tuttavia questa conclusione è confutata dalla stessa formulazione usata dalla legge che è particolarmente infelice e tale, a mio giudizio, da condurre ad effetti opposti a quelli che si volevano perseguire.

²⁵⁶ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 14 – 15, 28 – 29, 30, 33, 40; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 47 ss.; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 117 – 118 e 121; S. Boccagna, *L'arbitrato di equità*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 145; Id., *L'impugnazione...*, cit., p. 153; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., pp. 194 – 195.

²⁵⁷ A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44, in considerazione peraltro dei caratteri del giudizio equitativo.

²⁵⁸ A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 9.

²⁵⁹ A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, pp. 7, 11 – 12.

²⁶⁰ Così anche M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato...*, cit., pp. 320 – 321. In senso contrario A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 46 – 47, che, pur rilevando le differenze, sottolineano una affinità nella *ratio* dei due istituti. Il che vuol dire sminuire completamente il carattere di giudizio, anche se privato, che è tipico della giustizia arbitrale e che è stato particolarmente enfatizzato dopo la riforma del 2006 anche per l'arbitrato irrituale.

²⁶¹ A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, Giappichelli, Torino, p. 95 ss.

²⁶² Questa tesi è sostenuta da numerosi autori: A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; M. Tiraboschi, *Collegato lavoro...*, cit., p. 12 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 41 ss., Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 117 e 121; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 28 (seppure per il solo arbitrato irrituale di diritto, a cui propone di estendere, in via interpretativa, gli stessi limiti di quello equitativo); M. Tatarelli, *Le novità...*, cit., p. 869; S. Boccagna, *L'arbitrato...*, cit., p. 147; Id., *L'impugnazione...*, cit., p. 153 ss.; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 22.

La l. 183/2010 consente che le parti, nel compromesso o nella clausola compromissoria, possano attribuire agli arbitri il potere di decidere secondo diritto, con un ovvio rinvio anche alle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Questa facoltà scaturisce dalla stessa normativa, che impone di indicare «le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità....». Il giudizio equitativo dunque è solo «eventuale»²⁶³. Il principio corrisponde a quanto previsto dall'art. 822 c.p.c., applicabile anche all'arbitrato irruale²⁶⁴, secondo il quale di regola il giudizio è di diritto, a meno che non vi sia espressa autorizzazione all'uso dell'equità.

La riforma, inoltre, prevede che i lodi sono impugnabili ai sensi dell'art. 808 ter dinanzi al Tribunale. Questa disposizione stabilisce tra l'altro che l'arbitrato irruale è annullabile «se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo» (comma 2, n. 4). La norma è inequivocabile: essa consente di impugnare anche la violazione delle disposizioni di diritto o comunque di quelle attinenti al merito della controversia²⁶⁵. In verità si è sostenuuto che il n. 4 del comma 2 dell'art. 808 ter permetterebbe di contestare solo il criterio di giudizio (l'uso dell'equità invece del diritto e viceversa) e non anche la mancata applicazione delle disposizioni concreteamente utilizzate per decidere²⁶⁶. Tale opinione peraltro si scontra in primo luogo con la formulazione letterale del n. 4, perché le norme sostanziali di diritto imposte agli arbitri (o comunque quelle in base alle quali devono decidere) sono elementi essenziali della «validità» della «determinazione contrattuale», in quanto attengono al contenuto del giudizio richiesto agli arbitri. Una pronuncia è «valida» nella misura in cui sia «legittima» e cioè rispettosa delle disposizioni a fondamento della decisione volute dalle parti. Inoltre, le altre ipotesi previste dal c. 2 dell'art. 808 ter contemplano l'invalidità della convenzione arbitrale o violazioni di norme processuali. Pertanto, a meno di non ritenere il n. 4 come una inutile ripetizione delle altre fattispecie, le regole poste a «condizione di validità» devono necessariamente riferirsi alle disposizioni che disciplinano in astratto la fattispecie oggetto di arbitrato e su cui vi è conflitto. Infine, la tesi qui criticata contrasta anche con la stessa finalità, propria della riforma del 2006, di unificare arbitrato rituale ed irruale nell'ambito di un fenomeno unitario, con la previsione anche per il secondo di specifici mezzi di impugnazione e con la volontà di distinguerlo dal primo soltanto per la possibile semplificazione delle regole procedurali e per quanto attiene al regime degli effetti. È evidente allora che, in base all'interpretazione qui seguita, se gli arbitri non hanno applicato le norme inderogabili in base alle quali dovevano giudicare, tale violazione può essere fatta valere

²⁶³ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 27; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 132 – 133.

²⁶⁴ R. Donzelli, *op. ult. cit.*, pp. 132 – 133. Sull'applicazione dell'art. 822 c.p.c. anche all'arbitrato irruale v. G. Ruffini, S. Boccagna, *Art. 822 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., III, p. 1947; Cass. 10 ottobre 2003, n. 15150.

²⁶⁵ G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto...*, cit., p. 438, secondo il quale le regole poste «a condizione di validità del lodo» possono «avere il contenuto più vasto, riferendosi sia allo svolgimento del giudizio, sia alla fase decisoria del procedimento, sia al contenuto del lodo». Infatti, in tale dizione, rientra anche la possibile violazione delle norme di diritto attinenti al merito della controversia: V. Bertoldi, *Art. 808 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., p. 1667; P. Biavati, *Art. 808 ter*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 174; M. Giorgetti, *Profili espansivi nell'impugnazione dell'arbitrato libero*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli, 2010, p. 415 ss.; M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20; Id., *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2009, p. 244 ss.

²⁶⁶ S. Boccagna, *L'impugnazione...*, cit., pp. 158 – 159, in base al carattere dispositivo dei nuovi arbitrati introdotti dalla l. 183/2010; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 125 – 126. Tuttavia, l'interpretazione prevalente ritiene che, oltre al criterio di giudizio, sia possibile contestare anche «le norme di giudizio» (M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20; Id., *La giustizia...*, cit., p. 244 ss.; G. Tota, *Art. 808 ter...*, cit., p. 559, con ulteriori riferimenti bibliografici).

dinanzi al giudice ordinario²⁶⁷, purché, peraltro, le parti abbiano espressamente stabilito che esse «condizionino» appunto la validità dell’arbitrato²⁶⁸.

In questo caso, dunque, si crea un «corto circuito». Da un lato il riferimento all’art. 2113, u.c., sembra attribuire agli arbitri un pieno potere dispositivo dei diritti nascenti da norme inderogabili (permettendone il superamento nei fatti). Dall’altro, l’art. 808 ter consente di impugnare la violazione delle norme inderogabili quando queste ultime sono poste quali condizioni di validità della decisione, contraddicendo la capacità dispositivo sopra descritta. Questo conflitto tra disposizioni di legge si coglie anche nel caso in cui agli arbitri venga attribuito il potere di decidere secondo equità. Infatti, i limiti previsti per questo tipo di giudizio implicano, come vedremo, anche il rispetto delle norme inderogabili e in ogni caso non possono sicuramente essere violati i principi costituzionali e comunitari (v. § 8). Gli arbitri, dunque, potrebbero, ai sensi dell’art. 2113, u.c. non considerare, ad esempio, le regole costituzionali della «retribuzione sufficiente» o della «irrinunciabilità delle ferie». Tuttavia, in base all’art. 808 ter, vi sarebbe la possibilità di impugnare dinanzi al Tribunale la scorretta utilizzazione del giudizio di equità quando si ponga in conflitto con tali principi.

Le contraddizioni sopra descritte possono essere risolte soltanto con un’interpretazione correttiva, che consenta di combinare i nuclei normativi altrimenti inconciliabili. Nell’arbitrato irruale secondo diritto e in quello equitativo sarà possibile impugnare il lodo anche per violazioni di norme inderogabili quando esse sono poste espressamente alla base del giudizio arbitrale (nel primo caso) o devono essere comunque applicate perché riconducibili ai «principi regolatori della materia» o a quelli di fonte costituzionale o comunitaria. Soltanto in questo modo si riesce ad attribuire un senso ad una normativa che altrimenti non ne avrebbe alcuno, a meno di non voler completamente escludere qualsiasi significato alla possibilità di impugnare il lodo ai sensi dell’art. 808 ter che..... è come se non esistesse. In questo contesto occorre attribuire un significato diverso all’art. 2113, u.c. Una prima tesi potrebbe essere quella secondo la quale con questo riferimento non si è voluto sottrarre il giudizio arbitrale alla contestazione della violazione di norme inderogabili, ma sottolineare soltanto che il lodo non è «impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma»²⁶⁹ e unicamente con l’azione dinanzi al Tribunale²⁷⁰. Oppure si potrebbe affermare che il richiamo di questa disposizione serve soltanto a rinforzare la natura contrattuale ed irruale dell’arbitrato, escludendo qui il potere dispositivo degli arbitri.

Mi rendo conto che l’interpretazione proposta reintroduce le norme inderogabili nonostante la contraria volontà del legislatore. Tuttavia questo risultato deriva innanzitutto dal fatto che diritto o equità, che sono alla base del giudizio non escludono le disposizioni imperative ed anzi le presuppongono in moltissimi casi. Essa nasce anche dall’applicazione delle regole in tema di impugnazione del lodo irruale (art. 808 ter) la cui mancata estensione anche agli arbitrati lavoristici

²⁶⁷ In tal senso anche G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 52 (in base a diverse argomentazioni). Contra A. Vallbona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 120 – 121; S. Boccagna, *L’arbitrato...*, cit., p. 147; Id., *L’impugnazione...*, cit., p. 157 (ma non nel caso di arbitrato basato su clausola compromissoria).

²⁶⁸ G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto...*, cit., p. 438; G. Tota, *Art. 808 ter...*, cit., p. 557, nt. 45. Contra M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c....*, cit., p. 1162, secondo il quale le regole imposte dalle parti dovrebbero reputarsi essenziali (salvo prova contraria) a prescindere da qualunque affermazione delle parti.

²⁶⁹ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20, nt. 35; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., pp. 195 – 196.

²⁷⁰ C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 196.

avrebbe determinato una disparità di trattamento con la disciplina generale del tutto ingiustificabile. In sostanza sono i «vincoli di sistema» ad impedire le finalità perseguitate dalla riforma.

7. L'impugnazione dell'arbitrato

Le riflessioni svolte consentono di risolvere anche il problema di come interpretare la disposizione che consente di impugnare dinanzi al Tribunale, quale giudice di unico grado, le controversie «avente ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale». La formulazione riprende alla lettera le parole contenute nell'art. 412 quater antecedente alla riforma. Avevo sottolineato come questa espressione fosse stata interpretata come un riferimento alle tipiche azioni contrattuali che possono essere esperte per contestare la validità o l'efficacia del lodo irrituale, come quella di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., di annullamento di cui all'art. 1425 ss. c.c. o per eccesso dai limiti del mandato prevista dall'art. 1711 c.c.²⁷¹ Una parte consistente della dottrina processualistica rite-neva che tra esse dovesse essere inclusa anche l'azione diretta a far valere la violazioni di norme inderogabili di legge, anche se non mancavano opinioni contrarie²⁷². La prima tesi potrebbe essere oggi confutata, per la legge 183/2010, in conseguenza dell'inserimento dell'art. 2113, u.c., che ha proprio la finalità di escludere questa ipotesi (v. § 6).

A me sembra, peraltro, che la riforma cambi il quadro di riferimento. La disposizione che attribuisce al giudice del lavoro la competenza sulle controversie relative alla «validità del lodo... ai sensi dell'articolo 808 ter...» implica che il Tribunale è investito di tutti poteri di giudizio in relazione ai motivi di impugnazione previsti da questa disposizione. Quindi potrà essere contestata anche la violazione delle regole «imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo» e cioè di quelle riferite al contenuto della decisione e che esse hanno espressamente dichiarato come essenziali ai fini del giudizio. Tra queste, come si è detto, anche la mancata applicazione delle norme inderogabili nell'arbitrato di diritto o dell'equità disciplinata dagli artt. 412 e 412 quater c.p.c.²⁷³

8. L'arbitrato e l'equità

La versione originale del disegno di legge prevedeva che gli arbitri potessero decidere secondo equità nei limiti dei principi generali dell'ordinamento. Il Presidente della Repubblica ha censurato questa formulazione perché non consentiva una adeguata tutela dei diritti più rilevanti del lavoratore, particolarmente quelli indisponibili a fondamento non costituzionale²⁷⁴. A seguito di tali critiche si è giunti al testo attuale, secondo il quale il giudizio equitativo deve svolgersi «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari»²⁷⁵.

²⁷¹ V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 162. Su tali aspetti cfr., per tutti, R. Muroni, *Art. 414 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., II, p. 1418 (a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici).

²⁷² Cfr. R. Muroni, *op. ult. cit.*, pp. 1418 – 1419 con l'indicazione degli autori.

²⁷³ Conf. M. Scillieri, *Altre modalità...*, cit., p. 153 nel giudizio equitativo e nel caso di violazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Così anche A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 43.

²⁷⁴ *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 4.

²⁷⁵ La modifica dunque non vi sarebbe stata senza le censure del Presidente. Sul punto, per tutti, v. D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 27.

La disposizione oggi vigente, oltre a dover rimediare alle critiche del Presidente, è il frutto anche della necessità di tenere conto della sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004 n. 206²⁷⁶. Questa decisione, infatti, ha espressamente stabilito che il giudizio di equità non può essere «extra giuridico» e, al fine di rispettare il principio di legalità e di costituzionalità, deve essere effettuato rispettando i «medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva», identificati con quelli «informatori della materia». La sentenza ha dunque eliminato nel nostro ordinamento l'equità «sostitutiva», che, appunto, consentiva agli organi giudicanti di svincolarsi «dalla rigorosa osservanza delle regole di diritto oggettivo», affidandosi a valutazioni coerenti «con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza»²⁷⁷. La Corte Costituzionale ha indubbiamente circoscritto in modo assai rilevante il contenuto del giudizio equitativo. Tuttavia i limiti e l'estensione dell'equità sono ancora fonte di controversie ed ambiguità, anche se si può tentare di trovare una soluzione alla luce della giurisprudenza in materia. Questa situazione di indeterminazione, peraltro, potrebbe essere un elemento che scoraggia l'utilizzazione dell'arbitrato anche per il datore di lavoro, in considerazione della possibilità di impugnare dinanzi al Tribunale la violazione di regole equitative non esattamente definite.

Per quanto attiene al contenuto, va subito detto che l'equità è soggetta, in primo luogo, al rispetto dei principi costituzionali e comunitari, questi ultimi richiamati oggi espressamente. Tale limite è ribadito sia dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 206/2004 sia dal «diritto vivente» in materia²⁷⁸. Si tratta di un vincolo di sicuro rilievo soprattutto per quelle norme che hanno una diretta incidenza sul rapporto di lavoro, come nel caso della tutela antidiscriminatoria o di diritti essenziali come quelli alla salute, alla riservatezza, alla formazione ed elevazione professionale, all'assistenza sociale, al diritto di sciopero e di organizzazione sindacale e così via. Tra l'altro si è sottolineato come, oltre ai diritti sociali fondamentali che sono parte del Trattato dell'Unione Europea, il riferimento agli «obblighi comunitari» «ha senso soltanto se riferito alle fonti (europee) non direttamente applicabili, quali direttive, raccomandazioni e pareri»²⁷⁹. I principi regolatori, dunque, devono essere desunti anche da questi materiali normativi, oltre che, ovviamente, dalle leggi nazionali che hanno implementato le direttive. Va detto, peraltro, che, in questo ambito, gli arbitri sarebbero esonerati dall'applicazione di normative che garantiscono tutele che non hanno rango costituzionale. È questo il caso, ad esempio, della reintegrazione di cui all'art. 18 dello statuto dei

²⁷⁶ Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 206, in www.cortecostituzionale.it, p. 1 ss.

²⁷⁷ Corte Cost. n. 206/2004, cit., p. 5. Le parole citate nel testo nel primo periodo sono contenute in Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183 (i cui principi sono confermati da Cass. 7 agosto 1993, n. 8563; Cass. 8 novembre 1984, n. 5637; Cass. 25 maggio 1981, n. 3414). Quelle contenute nel secondo periodo sono espresse da Corte Cost. n. 206/2004, cit., p. 6.

²⁷⁸ Il principio era stato già espresso da Cass., Ss. Uu., 15 ottobre 1999, n. 716. Così anche Cass. 19 luglio 2007, n. 16017; Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. Il rispetto delle regole costituzionali e comunitarie è affermato, tra gli altri, da R. Martino, *Giudizio equitativo e «principi informatori della materia»: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 986; L. Montesano, *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio di equità*, in *Foro It.*, 1985, V, p. 21 ss.; A. Levoni, *Prime note alla legge del 30 luglio 1984, n. 399 sulle modificazioni di competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1197; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 31–32; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 43–44; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 123 ss.; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 51.

²⁷⁹ R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21, nt. 70, che riprende l'opinione di D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 31–32.

lavoratori²⁸⁰. Una certa discrezionalità, inoltre, potrebbe essere esercitata anche per le nozioni di giusta causa o un giustificato motivo. Probabilmente, l'unico limite sarebbe quello di non poter legittimare ipotesi di recesso così lievi che siano di fatto tali da rendere inefficace la regola comunitaria di una tutela contro il licenziamento ingiustificato. Se quelli indicati fossero i soli vincoli del giudizio equitativo, gli arbitri conserverebbero un margine di discrezionalità di una certa ampiezza, con distinzioni a seconda dei casi (ad esempio essa sarebbe minima nell'ambito della tutela antidiscriminatoria e assai ampia per i licenziamenti, dove, di fatto, si potrebbe disapplicare la normativa in tema di reintegrazione).

L'equità, peraltro, deve rispettare le norme di ordine pubblico, che si identificano con i principi basilari della nostra Costituzione o comunque con quelle disposizioni che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento. Tra queste, ad esempio, quello «di non essere licenziati senza un valido motivo...»²⁸¹. Inoltre non possono essere violati i principi generali dell'ordinamento che, secondo la Corte costituzionale, si identificano con gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale desumibili dall'intero sistema delle norme e costituenti il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente²⁸². Si tratta di concetti molto vaghi che garantiscono comunque agli arbitri una ampia libertà di giudizio.

Un rilievo ben diverso deve essere attribuito alle parole «principi regolatori della materia». Questa formulazione, definita anche «un'araba fenice»²⁸³, ha dato vita ad un ampio dibattito, con opinioni diverse²⁸⁴. Tra queste, peraltro, vi è un consistente indirizzo interpretativo che identifica tali principi con le norme positive, sia sul piano degli elementi costitutivi che su quello degli effetti e la cui disapplicazione finirebbe per stravolgere le linee individuanti della materia in esame²⁸⁵. Questa interpretazione, a mio avviso, si avvicina molto a quanto definito dalla giurisprudenza in questo campo. Per questa ragione è opportuno riepilogare le vicende più recenti nella evoluzione giurisprudenziale per comprendere meglio di cosa si stia parlando.

²⁸⁰ Cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Dejure*, www.dejure.it, pp. 4 – 5. E tale aspetto è stato subito sottolineato da A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 127. Tra l'altro, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 18 dello statuto dei lavoratori non è norma di ordine pubblico (Cass. 11 novembre 2002, n. 15822; Cass. 9 maggio 2007, n. 10549).

²⁸¹ Cass. 19 luglio 2007, n. 16017. La prima parte della decisione è confermata anche da Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. In senso analogo R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21. Sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato quale principio comunitario inderogabile v. R. Del Punta, *op. ult. cit.*; V. Spezzale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 149; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., p. 14.

²⁸² Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6, in www.cortecostituzionale.it, p. 4; Corte Cost. 12 dicembre 1988, n. 1107, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 (con numerose altre pronunce) e che qualifica i concetti sopra descritti come espressione di una «giurisprudenza costante di questa Corte».

²⁸³ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 30.

²⁸⁴ Per un riepilogo delle diverse interpretazioni cfr. R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 967 ss. e gli altri autori citati nella nt. 88; R. Martino, *Poteri equitativi del giudice e giudizio di impugnazione*, in R. Martino (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 245 ss.; A. O. Comez, I. Ferranti, *Art. 113 c.p.c.*, in N. Picardi (a cura di), *Codice di Procedura Civile*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 839 ss.; I. Ferranti, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2922 ss.; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, 1991, VII, Utet, Torino, 1991, p. 472; B. Sassani, *Art. 113 c.p.c.*, in C. Consolo, F. Luiso, B. Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 68 (a questi autori si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

²⁸⁵ V., tra gli altri, A. Cerino Canova, *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1985, p. 32; E. Grasso, *Equità...*, cit., p. 472; L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, *Giudizio civile innanzi al conciliatore e competenza del pretore nella legge 399/1984*, Jovene, Napoli, p. 37.

La dizione «principi regolatori» era stata introdotta per il giudice conciliatore dalla legge n. 399/1984, che aveva modificato l'art. 113, comma 2, c.p.c. Su tale formulazione si era formato in giurisprudenza un contrasto interpretativo, che è stato risolto da Cass., Sez. Un., 15 giugno 1991, n. 6794, poi confermato da altre decisioni a Sezioni Unite²⁸⁶. La Cassazione ha affermato che: a) il giudizio di equità è di «diritto» in quanto presuppone la «normale qualificazione giuridica dei fatti e (la) valutazione giuridica delle loro conseguenze», senza potersi ridurre alla «intuizioni soggettiva del giudicante che trova nella propria coscienza le regole non scritte per risolvere il singolo caso»; b) la «materia» è quella relativa al rapporto giuridico dedotto in giudizio; c) i «principi regolatori» non sono né «l'insieme delle norme materiali non formalizzate che regolano la materia», né si identificano «soltanto con gli istituti generali (il contratto; la responsabilità civile; la proprietà...)»; d) essi vanno individuati nelle norme di diritto «costituenti le linee guida della sua disciplina, senza le quali quel tipo di rapporto non sussiste...». Si tratta delle «norme fondamentali relative al rapporto controverso», delle «linee essenziali caratterizzanti la disciplina della materia». In un secondo momento la formula «principi regolatori della materia» è stata abrogata e si è riproposto il contrasto giurisprudenziale sull'art. 113 c.p.c. Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 15 ottobre 1999, n. 716, hanno fornito una risposta. In base ad un'interpretazione letterale del nuovo testo dell'art. 113, la decisione ha sostenuto che il giudice di pace era abilitato ad esercitare una equità sostitutiva e non correttiva, fondata su giudizio intuitivo «e non di tipo sillogistico, perciò non richiedente la preventiva individuazione della norma astratta applicabile al caso concreto»²⁸⁷. Vi era dunque un evidente rovesciamento integrale della precedente interpretazione. Questo nuovo indirizzo si è consolidato in modo tale da costituire un «diritto vivente» ed è stato sottoposto al giudizio della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 206/2004, lo ha risolto nel senso sopra descritto. La Corte, in particolare, ha ripristinato l'equità integrativa confermando l'interpretazione delle Sezioni Unite del 1991. E non è un caso che l'attuale art. 339 c.p.c. prevede che le sentenze del giudice di pace sono impugnabili per violazione «dei principi regolatori della materia»²⁸⁸.

La lettura di questo percorso giurisprudenziale consente di fare giustizia dei molti tentativi di bypassare, attraverso l'equità, le norme inderogabili. E non è un caso che alcuni processualisti, nel commentare la riforma, si siano immediatamente espressi nella permanenza del vincolo della inderogabilità²⁸⁹. Infatti, è evidente che si è tornati ai rigidi limiti del potere equitativo che erano stati definiti dalla Cassazione con la sentenza n. 6794/1991. D'altra parte, una lettura dalla casistica giurisprudenziale dimostra chiaramente quanto si sta sostenendo. Sono considerati «principi regolatori» i modi di estinzione delle obbligazioni e le regole in tema di adempimento e respon-

²⁸⁶ Cass. n. 6794/1991 in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1965 ss. Le altre decisioni sono Cass., Ss. Uu., 11 novembre 1991, n. 12014; Cass., Ss. Uu., 30 dicembre 1991, n. 14016.

²⁸⁷ Cass., Ss. Uu., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3246.

²⁸⁸ Elemento, questo, che dimostra come non vi sia sostanziale differenza tra «principi informatori» e «principi regolatori», come si può desumere dalla stessa motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 206/2004 (cit., p. 5). Su tale aspetto v. R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 963.

²⁸⁹ V., ad es., G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 51. In senso conforme anche R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 134. Contra R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 20 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 125 – 126; Id., *L'arbitrato...*, cit., p. 43 ss.; S. Boccagna, *L'arbitrato...*, cit., pp. 146 – 147.

sabilità per inadempimento; il danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.; l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile quale mezzo di esonero dalla responsabilità del debitore; la tutela dell'affidamento e della buona fede nei contratti; il principio di protezione del consumatore ed in particolare il diritto di recesso nei casi di «vendita porta a porta» e molte altre ipotesi ancora²⁹⁰. Sono esclusi da tale ambito le regole che non costituiscono i «canoni fondamentali che ispirano la disciplina dell'istituto»²⁹¹.

Le conclusioni che si possono trarre da questi interventi giurisprudenziali mi sembrano chiari. La fattispecie normativa astratta «nei suoi elementi essenziali e non (secondari), costituisce il limite invalicabile per la determinazione, in via equitativa, delle conseguenze giuridiche». Pertanto, il vincolo dei principi regolatori non viene superato soltanto quando la sentenza del giudice di pace determina «un'alterazione dei soli elementi di dettaglio della fattispecie normativa»²⁹². Ed ovviamente queste conclusioni sono estensibili alle nuove forme arbitrali, perché le nuove disposizioni richiamano espressamente la formulazione oggi codificata nell'art. 339 c.p.c.

In questo contesto non sono certamente modificabili le norme definite come «"portanti" della materia», quali la disposizione sulla subordinazione (art. 2094), quella sulla professionalità (art. 2103), sulla sicurezza (art. 2087), quelle che limitano i poteri imprenditoriali per fini di tutela e libertà del lavoratore (racchiuse nel Titolo I dello statuto lavoratori), le norme sulla tutela antidiiscriminatoria o di protezione della malattia, della maternità e così via²⁹³.

Inoltre, anche la reintegrazione di cui all'art. 18 dello statuto non può essere disattesa²⁹⁴. Essa, infatti, nell'ambito della stabilità reale, costituisce la «linea guida della disciplina», la «norma fondamentale» che caratterizza la materia e senza la quale «quel tipo di rapporto non sussiste»²⁹⁵. La reintegra nel posto di lavoro è senza dubbio un istituto a sé stante e costituisce quindi «l'oggetto normativo» rispetto al quale devono essere individuati i «principi regolatori». Si è sottolineato, infatti, che la «materia», a cui essi si riferiscono, coincide con i singoli istituti giuridici²⁹⁶ e quindi con un oggetto comunque dotato di una sua autonomia concettuale e regolamentare²⁹⁷. Nel Diritto del lavoro nessuno può dubitare che la disciplina degli effetti del recesso abbia queste caratteristiche, tanto da essere regolata da disposizioni ingeribili distinte da quelle relative alla giusta causa e giustificato motivo. Pertanto, è all'interno dell'art. 18 che va individuata la «norma fondamentale», che deve necessariamente coincidere con la reintegrazione e gli altri aspetti determinanti dell'istituto. In questo contesto, non procedere alla ricostituzione *ex tunc* del rapporto ed alla riammissione in azienda del lavoratore significherebbe stravolgere un «elemento essenziale e non di dettaglio» dell'istituto e trasformare un regime giuridico - di carattere restitutorio

²⁹⁰ Cfr. le numerose sentenze citate da M. Montanari, L. Baccaglini, *Art. 113 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., I, p. 1331 ss.; A. O. Comez, I. Ferranti, *Art. 113 c.p.c.*, in N. Picardi (a cura di), *Codice...*, cit., p. 840 ss.

²⁹¹ Cass. 26 marzo 2009, n. 7372.

²⁹² R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 995.

²⁹³ R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21.

²⁹⁴ *Contra*, R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 21 – 22; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44.

²⁹⁵ Cass., Ss. Uu., 15 giugno 1991, n. 6794, cit.

²⁹⁶ Cass. 20 marzo 1996, n. 2369 (in motivazione); Cass. 20 ottobre 1994, n. 8883; Cass. 18 febbraio 1991, n. 1701.

²⁹⁷ E. Grasso, *Equità...*, cit., p. 472.

e satisfattivo - in uno meramente risarcitorio. Poco importa, dunque, che l'art. 18 non esprima una tutela di rango costituzionale. Sono i «principi regolatori» ad impedirne la disapplicazione, al contrario di quanto sostenuto da alcuni autori²⁹⁸. Mentre, viceversa, il risarcimento del danno «commisurato» alla retribuzione globale di fatto potrebbe essere ridotto (ma anche aumentato) alla stregua di una valutazione equitativa «integrativa», che peraltro non potrebbe arrivare a negare (o a ridurre in modo assai rilevante) le somme dovute, in quanto altrimenti si violerebbe in questo modo un carattere «essenziale» dell'istituto.

Nel trasferimento individuale di un lavoratore, gli arbitri non potrebbero giustificare la mobilità del lavoratore in assenza delle esigenze tecniche od organizzative, perché in caso contrario la disciplina dell'art. 2103 verrebbe ad essere radicalmente trasformata nel suo contenuto. Inoltre essi non potrebbero stabilire che le ferie possono essere inferiori a quattro settimane (art. 10 del d.lgs. 66/2003) perché anche in questo caso stravolgerebbero nella sua struttura fondamentale un istituto legale di derivazione comunitarie e costituzionale. Queste conclusioni sono ovviamente estensibili anche alle norme dei contratti collettivi sia nei casi di esercizio delegato di poteri normativi spettanti alla legge (si pensi all'integrazione delle fattispecie della somministrazione a tempo indeterminato o alla determinazione del periodo di comporto previsto dall'art. 2110 c.c.). Sia quando esse completano la disciplina legale in modo tale da costituirne una componente essenziale.

Gli esempi potrebbero continuare. A me sembra che in questo contesto di sistema derivante dal «diritto vivente» in materia, il potere equitativo si riduca a ben poca cosa ed operi particolarmente sul piano risarcitorio o su aspetti secondari della normativa, consentendo una modulazione degli effetti di «dettaglio» scaturenti dalle norme di diritto. Non è un caso che un commentatore certamente non ostile nei confronti della riforma, nel sottolineare le caratteristiche del giudizio secondo diritto o secondo equità (nei limiti imposti dalla riforma), affermi che «il risultato dei due modelli di decisione, nella sostanza, tenderà a coincidere»²⁹⁹. Un'osservazione, questa, che, oltre ad essere pienamente condivisibile, potrebbe costituire un elemento di ulteriore disincentivo all'utilizzazione dell'arbitrato, in considerazione soprattutto del fatto di non avere la garanzia di un collegio dotato di una competenza tecnica mediamente corrispondente a quella di un giudice ordinario, in un contesto decisionale caratterizzato dagli stessi limiti giuridici della giurisdizione statale o comunque da vincoli non molto diversi.

9. La clausola compromissoria

La vera novità che potrebbe garantire l'effettiva estensione dell'arbitrato alle controversie di lavoro è costituita dalla possibilità di scegliere la giustizia arbitrale tramite una clausola inserita nel contratto individuale di lavoro. Si è già spiegato perché difficilmente, quando il conflitto è già in atto, il lavoratore accetterà di utilizzare gli arbitri, soprattutto se la normativa in materia è incerta e può essere interpretata nel senso di attribuirgli una tutela sostanziale e processuale nettamente

²⁹⁸ V. gli autori citati *supra*. Tra l'altro, in questo contesto, non sarebbe neanche possibile trasformare la stabilità obbligatoria in reale (disponendo in questo caso la reintegra: R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 22). Anche in questa ipotesi si stravolgerebbe un elemento essenziale di una disciplina, quella dell'art. 8 della l. 604/1966, che esclude qualsiasi effetto ricostitutivo del vincolo contrattuale.

²⁹⁹ G. Proia, *Le clausole compromissorie...*, cit., p. 145.

meno favorevole rispetto a quella ordinaria. Senza dimenticare che, a lite già insorta, proprio perché le parti sono in atteggiamento conflittuale, è assai difficile trovare un accordo su tale aspetto³⁰⁰. Pertanto la nuova disciplina sulla clausola compromissoria è l'unica che può effettivamente assicurare il successo del nuovo istituto³⁰¹. Le finalità «regressive» della riforma sono state già sottolineate anche dal Presidente della Repubblica: utilizzare un momento di forte «debolezza contrattuale» del lavoratore per imporgli un arbitrato equitativo sottratto al vincolo delle norme inderogabili (v. *retro* § 3 e 6) e senza possibilità di successivi ripensamenti. Infatti, in base alle regole generali in materia, a meno che non vi sia un'espressa previsione legislativa (come era stabilito nell'art. 808, comma 2, c.p.c. prima della riforma del 1994) la sottoscrizione della clausola compromissoria determina la definitiva impossibilità di poter utilizzare la giustizia ordinaria³⁰². E questa è la situazione oggi disciplinata dall'art. 31, comma 10, della l. 183/2010.

Le censure del Presidente della Repubblica, che ha sollevato problemi anche di carattere costituzionale, hanno determinato alcune modifiche della normativa originaria che devono essere esaminate. Prima di analizzarle è opportuno ricordare quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale. Essa ha affermato che «la giustizia per arbitri dà risultati particolarmente soddisfacenti quando le parti si trovano in una posizione di relativo equilibrio»³⁰³. Il che non avviene nel rapporto di lavoro, dove vi sono due soggetti di forza economicamente diversa che non hanno i medesimi poteri contrattuali. E questo spiega la necessità di sostenere l'arbitrato in modo da garantire che questo squilibrio venga eliminato o ridotto, anche e soprattutto nella fase di accesso alla giustizia arbitrale.

L'arbitrato con clausola compromissoria non si applica alle «controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro», con un termine ampio che include tutte le ipotesi di licenziamento, ma anche di dimissioni o di risoluzione per mutuo consenso. Le ragioni di questa esclusione sono state già esaminate (v. *retro* § 2). Qui va osservato che, se l'arbitrato assicurasse al lavoratore le medesime garanzie della giurisdizione ordinaria, non si capirebbe per quale motivo non vi dovrebbe essere la sua estensione anche ai casi non contemplati. La ragione è che il legislatore intende offrire un duplice livello di garanzie processuali e sostanziali: pieno per le ipotesi di cessazione del contratto, più ridotto per le altre controversie, che pure attengono a tutti gli aspetti (alcuni molto delicati) connessi alla gestione del rapporto di lavoro³⁰⁴. Vi è qui l'implicita ammissione che il giudizio arbitrale, almeno nelle intenzioni, non è come un processo ordinario. E questo spiega in modo chiaro, se ancora ve ne era bisogno, le vere finalità della riforma.

³⁰⁰ C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., p. 197.

³⁰¹ C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, pp. 196 – 197. Conf. P. G. Alleva, *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, in q. Riv., 2010, I, pp. 365 – 366 (a condizione, peraltro, che al lavoratore, nonostante la sottoscrizione della clausola, sia data la possibilità di «ripensamento» con facoltà di adire l'autorità giudiziaria); R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 23.

³⁰² Infatti la stipula del compromesso o della clausola configura «...una rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello stato...» (Cass. 3 aprile 2008, n. 8531; Cass. 30 maggio 2007, n. 12684: giurisprudenza costante), a meno che non vi sia «...una diversa norma di legge o convenzione internazionale...» (Cass. 21 ottobre 2009, n. 22236).

³⁰³ C. Cost. 4 luglio 1977, n. 127, in www.cortecostituzionale.it, p. 5.

³⁰⁴ Tra l'altro G. Ferraro (*La composizione stragiudiziale delle controversie nel «Collegato lavoro»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 323) sottolinea come si è determinata una situazione di «diffidenza di trattamento rispetto a diritti del lavoratore che hanno uguale o maggiore dignità giuridica».

Le nuove disposizioni introdotte dal comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010 pongono numerosi problemi interpretativi che non posso analizzare compiutamente. Mi soffermerò soltanto su alcune delle questioni più rilevanti. Un primo aspetto fondamentale riguarda il carattere realmente facoltativo dell'arbitrato introdotto tramite la clausola compromissoria inserita nel contratto di lavoro. La Corte Costituzionale, con numerose sentenze che costituiscono un vero e proprio «diritto vivente», ha affermato che «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti», in mancanza della quale non sarebbe consentito la deroga ai principi di cui all'art. 24 e 102, comma 1, Cost. Pertanto «la "fonte" dell'arbitrato non può... ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa» (corsivo nostro)³⁰⁵. Quest'ultimo aspetto è stato sottolineato anche da altre decisioni, che hanno messo in evidenza come la libertà di scelta deve essere effettiva, tanto da penalizzare meccanismi legali che, pur essendo fondati sul consenso delle parti, determinavano una «apparente facoltatività bilaterale dell'opzione» arbitrale³⁰⁶.

Si è sostenuto che la riforma garantirebbe la libertà di scelta del lavoratore perché: a) vi è la necessità dalla contrattazione collettiva che autorizzi la clausola compromissoria; b) il dipendente, al momento della stipula della clausola, è sostenuto dal supporto della Commissione di certificazione, dinanzi alla quale può farsi assistere anche da un legale di fiducia o da un rappresentante sindacale; c) la sottoscrizione della clausola può essere effettuata solo alla fine del periodo di prova o dopo 30 giorni dall'assunzione in mancanza del patto di cui all'art. 2096 c.c.³⁰⁷.

Per quanto attiene all'autonomia collettiva, essa può forse incidere sui contenuti dell'arbitrato e sulle materie ad esso riservate. Tuttavia, il contratto collettivo non può mai surrogare la libertà individuale della scelta arbitrale, che attiene alla posizione del singolo di fronte al maggior potere economico e giuridico del datore di lavoro ed è condizionato dalla sua situazione di «debolezza» di cui si è già parlato (v. *retro* § 3). L'attività delle parti sociali non può certo eliminare l'alternativa tra disoccupazione (o occupazione «sgradita» al datore di lavoro con tutte le possibili ritorsioni nella gestione del rapporto) e accettazione della clausola, come subito si dirà in seguito. Questa situazione, tra l'altro, si verificherebbe anche nel caso in cui il contratto collettivo imponesse il rispetto delle norme inderogabili. Il lavoratore, infatti, sarebbe in ogni caso costretto ad accettare un giudizio svolto da arbitri che, come si è spiegato, non necessariamente possiedono le competenze tecniche di un giudice ordinario (oltre alla possibile rinuncia a tutte le garanzie derivanti dalle regole processuali degli artt. 413 ss. c.p.c.). Senza dimenticare che il rinvio all'equità da parte della contrattazione - pur nei limiti sopradescritti (v. § 8) - lascia margini di ambiguità e di incertezza.

³⁰⁵ Corte Cost. 14 luglio 2007, n. 127, cit., p. 4. Su tale questione v. G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 53.

³⁰⁶ Corte Cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Dejure*, www.dejure.it, pp. 3 – 4. La non obbligatorietà dell'arbitrato è confermata da giurisprudenza costante: Corte Cost. n. 488/1991, 49/1994, 206/1994, 232/1994, 54/1996, 381/1997, 325/1998, 221/2005. Sulla illegittimità dell'arbitrato obbligatorio v., per tutti, D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 7 – 8; M. Curti, *L'arbitrato irrituale*, Utet, Torino, 2005, p. 173 ss.; G. Costantino, *op. ult. cit.*, p. 53 ss.

³⁰⁷ L. Antonini, G. Canavesi, *Brevi considerazioni su alcune questioni di costituzionalità della disciplina dell'arbitrato*, in *Collegato...*, cit., p. 55 ss.; A Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 48 ss.; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 127 ss.; G. Proia, *Le clausole compromissorie...*, cit., p. 140 ss., A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 7 ss.

tezza sui contenuti e l'estensione di questo tipo di giudizio. Pertanto, in questo contesto, il lavoratore potrebbe non voler scegliere l'arbitrato, con una situazione certo non rimuovibile (ed anzi determinata!) dalle previsioni del contratto collettivo che autorizza la valutazione equitativa.

Il ruolo della Commissione di certificazione è stato sottolineato autorevolmente dal Presidente della Repubblica. L'organo potrebbe solo «prendere atto» della volontà del lavoratore di sottoscrivere la clausola, ma certo non può incidere sulla sua condizione personale (v. *retro* § 2 e 3). In definitiva la Commissione potrebbe rimuovere le asimmetrie informative ed incrementare la capacità di agire del lavoratore, ma la sua decisione non sarebbe mai realmente «voluta», perché condizionata da una situazione di soggezione economica che certamente non può essere rimossa da un sostegno qualificato alla sua volontà³⁰⁸. In questo contesto, sindacalista ed avvocato potrebbero fare ben poco. Ed anzi, se svolgessero un ruolo fortemente attivo sottolineando i rischi e le conseguenze derivanti dalla sottoscrizione della clausola compromissoria, essi potrebbero pregiudicare gli interessi del lavoratore, esposto a possibili reazioni dell'altra parte che potrebbero incidere sulla stessa esistenza del contratto o, comunque, rendere assai più difficile la sua futura gestione. Il che spingerà ad un'assistenza solo... formale e non sostanziale, per evitare guai peggiori al dipendente!

Tuttavia, si obietta, adesso la situazione è completamente diversa. La clausola compromissoria non viene più sottoscritta al momento dell'assunzione (quando vi è una «ovvia» - secondo le parole del Capo dello Stato - debolezza contrattuale), bensì in epoca successiva, a rapporto ormai in atto, quando il *metus* del lavoratore sarebbe sparito. Mi sembra evidente che questa modifica non elimina la debolezza contrattuale del lavoratore. Infatti:

- a) nei rapporti non assistiti da stabilità reale, la relativa facilità con cui è possibile licenziare (senza reintegra ed a costi molto contenuti) costituisce un forte deterrente per il lavoratore a contrastare la volontà del datore di lavoro di introdurre la clausola compromissoria³⁰⁹;
- b) nei contratti a termine (o comunque precari), la speranza di ottenere il rinnovo del contratto o l'assunzione a t. indeterminato escluderanno qualsiasi possibilità di opporsi alla volontà del datore di lavoro di imporre l'arbitrato³¹⁰;
- c) in presenza di stabilità reale, il lavoratore è sicuramente dotato di una maggiore forza di resistenza. Tuttavia: quando un rapporto è appena iniziato, quale dipendente se la sentirà di opporsi alla richiesta dell'imprenditore di devolvere le future controversie ad arbitri? In questo caso, infatti, il lavoratore avrebbe il timore che questo rifiuto non sarebbe apprezzato e di poter quindi

³⁰⁸ Si vedano le puntuali osservazioni di L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 23; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 8; G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale...*, cit., pp. 323 – 324; T. Treu, *Per una tutela effettiva...*, cit., p. 362; P.G. Alleva, ivi, p. 364. Diversa la posizione di S. Centofanti, *La certificazione...*, cit., p 37 ss., secondo il quale una compiuta e dettagliata informazione da parte dell'organo di certificazione su tutte le caratteristiche (giuridiche ed economiche) dell'arbitrato sarebbe in grado di garantire una «volontà effettiva» del lavoratore. L'autore non coglie che la condizione di debolezza contrattuale non ha nulla a che vedere con la completezza dell'informazione.

³⁰⁹ Avevo già espresso questa opinione in V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 158 ss. In senso analogo L. de Angelis, *Collegato lavoro...*, cit., p. 15; P.G. Alleva, *Per una tutela effettiva...*, cit., p. 364; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 10; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 27 ss.

³¹⁰ Così anche L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 23; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, op. ult. cit., p. 10.

subire le innumerevoli ritorsioni "indirette" (non consistenti cioè in discriminazioni palesi, violazioni di norme imperative ecc.) che il datore di lavoro è in grado di operare nei confronti di un dipendente «non gradito»³¹¹.

Le modifiche introdotte, dunque, non sono sicuramente in grado di restituire al lavoratore la propria libertà di scelta sia nei rapporti tutelati dalla stabilità obbligatoria, sia in quelli precari. Dove si applica l'art. 18 dello statuto dei lavoratori la manifestazione di volontà è soltanto meno condizionata, ma certo non vi è una libertà piena per le ragioni già spiegate. Si tenga presente, da questo punto di vista, che, anche per i rapporti assistiti da stabilità reale, questa condizione di inferiorità è codificata durante la vigenza del rapporto per quanto attiene al regime di impugnazione delle rinunce e transazioni (a cui fa espressamente riferimento il Messaggio Presidenziale come dimostrazione della necessità di "assicurare una adeguata tutela del contraente debole"). Questo significa che neanche una disciplina «forte» contro i licenziamenti restituisce al lavoratore l'effettiva libertà contrattuale e/o dispositiva. Né è possibile sostenere che l'assistenza qualificata renderebbe legittima la clausola compromissoria così come consente di effettuare rinunce e transazioni valide nel corso del rapporto di lavoro. In questo modo, infatti, si confonderebbero ancora una volta due aspetti completamente diversi. Il primo che attiene alla disposizione del futuro contenuto sostanziale del rapporto di lavoro (se, ad esempio, non si applicheranno, in caso di lite, le norme inderogabili di legge o di contratto collettivo) o alla rinuncia alle garanzie tipiche della giurisdizione ordinaria per una controversia solo potenziale. Il secondo relativo alla disponibilità di singoli diritti già acquisiti al proprio patrimonio giuridico. Due situazioni che, come si è già detto non sono omologabili per una pluralità di ragioni (v. *retro* § 3 e 4)³¹².

A mio giudizio, dunque, lo spostamento nel tempo del momento in cui può essere sottoscritta la clausola compromissoria non è in grado di rimuovere il condizionamento sostanziale della "libertà" negoziale del lavoratore. Questa situazione e le altre ragioni già indicate confermano che la scelta all'arbitrato non sarebbe in queste ipotesi effettiva, ma espressione di «una volontà autoritativa» e di un consenso solo «apparentemente facoltativo», secondo i principi espressi dalla Corte Costituzionale. Ne deriverebbe un evidente profilo di incostituzionalità³¹³. L'illegittimità costituzionale potrebbe essere superata soltanto se la normativa vigente venisse interpretata in modo tale da consentire, anche dopo la sottoscrizione della clausola certificata, di adire l'autorità giudiziaria. Questa tesi, peraltro, non mi sembra trovi conforto nella legge. La riforma, infatti, lascia alle parti la libertà di scegliere tra arbitrato e tutela giurisdizionale, come dimostra il riferimento alla «possibilità» del giudizio arbitrale (art. 31, comma 10, l. 183/2010; art. 412, comma 1, c.p.c.) ed alla salvezza della «facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria» (art. 412 quater c.p.c.). Tuttavia, la legge non sembra consentire ripensamenti dopo che la volontà di deferire la controversia agli arbitri sia stata espressa dinanzi alla Commissione di certificazione. E

³¹¹ A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., sottolinea che una «adeguata tutela estintiva» è «indubbiamente importante ma non esaustiva» (p. 8).

³¹² Conclusione, questa, sicuramente valida anche per i profili processuali. Infatti, senza voler negare a priori la possibilità per il lavoratore, con una clausola compromissoria, di definire ad arbitri una possibile controversia, non vi è dubbio che una simile manifestazione di volontà, relativa al futuro regime giuridico di un contenzioso non ancora in atto, non può essere paragonata – per le ragioni già spiegate – all'atto dispositivo di singoli diritti già acquisiti.

³¹³ *Contra* R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 25 ss. (seppure con qualche dubbio).

questa conclusione è rafforzata dalla mancanza di una chiara previsione in tal senso, in una disposizione (art. 31, comma 10) che è invece molto esauriente nel definire i limiti di validità della clausola compromissoria³¹⁴.

La clausola compromissoria potrebbe inoltre essere considerata come una forma di derogabilità assistita. Questa ipotesi potrebbe verificarsi qualora si ritenesse che il rinvio all'equità consentirebbe di bypassare norme inderogabili di legge (come l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) o anche di contratto collettivo. La tesi è stata da me contestata (v. § 8). Tuttavia, se l'interpretazione da me criticata dovesse essere accolta, vi sarebbe un ulteriore profilo di illegittimità del comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010. Infatti la clausola costituirebbe un accordo che, con il ricorso al giudizio equitativo, consentirebbe in modo indiretto di abdicare alla possibile futura applicazione di diritti derivanti da norme inderogabili³¹⁵. Tale particolare forma di derogabilità assistita sarebbe illegittima per le ragioni già analizzate, sia in relazione ai diritti di origine costituzionale e comunitaria (per i quali vi è una «indisponibilità assoluta» vincolante anche per il legislatore), sia per il «diritto vivente» relativo all'invalidità delle rinunce e transazioni connesse a situazioni soggettive non ancora entrate nel patrimonio giuridico del lavoratore (v. § 4). Tra l'altro neanche il sostegno della Commissione di certificazione (o l'ausilio di un avvocato e/o di un sindacalista) potrebbero risolvere il problema, perché la giurisprudenza sopra descritta si riferisce ad ipotesi di atti abdicativi o transattivi effettuati con l'assistenza di un funzionario pubblico o del sindacato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113. E, nonostante tale situazione, queste sentenze negano che la capacità dispositivo connessa a diritti futuri possa essere validamente espressa per effetto di un'assistenza qualificata alla volontà del lavoratore.

Le conclusioni indicate sono state fatte proprie da molti commentatori, anche perché l'espresso riferimento della legge, in relazione agli effetti dell'arbitrato, all'art. 2113, u. c., c.c. dimostra che il legislatore non ha voluto minimamente mutare l'assetto della giurisprudenza già analizzata. Quest'ultima, infatti, considera valide solo le rinunce e transazioni di diritti già esistenti, mentre afferma la radicale nullità degli atti abdicativi e transattivi che incidono sul momento genetico di un diritto non ancora acquisito³¹⁶.

Le obiezioni descritte potrebbero essere superate soltanto se, con la clausola compromissoria, si imponesse agli arbitri un giudizio secondo diritto, con l'obbligo di applicare necessariamente le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Oppure se venisse accolta l'opinione secondo la quale le norme costituzionali, comunitarie e di ordine pubblico, i principi generali dell'ordinamento e quelli regolatori della materia sono tali da imporre comunque il rispetto delle norme

³¹⁴ G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 53 ss. esclude la possibile incostituzionalità dell'art. 31, comma 10, perché ritiene che la lettura di questa disposizione, insieme a quanto previsto dagli artt. 412, comma 1, e 412 quater, comma 1, c.p.c., consentirebbe sempre alle parti di adire l'autorità giudiziaria. Non mi sembra che questa sia una possibile lettura della disposizione.

³¹⁵ Rinvio a V. Spezzale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 148 ss. e p. 159.

³¹⁶ Su tale aspetto v. retro il § 4. La sottoscrizione della clausola compromissoria poco dopo l'instaurazione del rapporto, e la sua potenziale attitudine a disporre di future situazioni soggettive, si traduce in una «inammissibile rinuncia preventiva del lavoratore a tutti i propri diritti» (S. Boccagna, *L'impugnazione...*, cit., p. 157) non legittimata dall'art. 2113, comma 4, c.c. Conf. A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., pp. 11 - 12; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 14 - 15; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., pp. 22 - 23. Al contrario, pur sostenendo che l'ultimo comma dell'art. 2113 non può riferirsi a diritti non ancora acquisiti, A. Corvino e M. Tiraboschi affermano che l'arbitrato «non ha nulla a che vedere con la derogabilità assistita» (*La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 122). Evidentemente questi a., che tra l'altro confermano la possibilità, per gli arbitri, di non applicare norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (pp. 117 e 121), non hanno colto il profilo potenzialmente dispositivo della sottoscrizione della clausola compromissoria per future controversie.

imperative di legge o di contratto. In questo caso, infatti, non vi sarebbe l'effetto dispositivo di diritti futuri non consentito dall'ordinamento. Mentre il profilo di illegittimità si riproporrebbe nella stessa misura qualora si ritenesse che l'equità consentirebbe di non applicare disposizioni inderogabili (come l'art. 18 dello statuto dei lavoratori o l'art. 2103 c.c.). Oppure si sostenga che, fermo restando il vincolo del rispetto delle «linee guida della disciplina» e delle «norme fondamentali» che caratterizzano la materia, comunque l'equità consenta, rispetto alla giurisdizione statale, un più ampio potere derogatorio sugli effetti giuridici «secondari» scaturenti dalle norme di diritto (come, ad esempio, quelli risarcitori). In queste ipotesi, poiché si attribuirebbero agli arbitri poteri maggiori dei giudici ordinari e potenzialmente in grado di produrre effetti più negativi per i lavoratori, vi sarebbe una disposizione di situazioni soggettive non ancora acquisite tale da rendere invalida la clausola compromissoria.

Mi sembra evidente che la parte più importante della riforma in materia arbitrale si presti a numerose censure giuridiche. Occorre attendere e verificare se le questioni di illegittimità analizzate saranno tali da impedire una più ampia diffusione dell'arbitrato. A me sembra che essa, peraltro, sia fortemente condizionata da aspetti che ne potrebbero ostacolare una compiuta applicazione.

Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*

Franco Carinci

I. Filosofia e struttura del d.lgs. n. 150/2009	119
1. Una costante: la privatizzazione.	119
2. Un'azienda senza impresa.	120
3. Panoramica del decreto legislativo: contenuto e disegno.	124
II. Tecnica aziendale e pubblica amministrazione.	125
4. Il Titolo II. La prima regola aurea, la valutazione della <i>performance</i>	125
4. a) Il ciclo di gestione (capo II)	126
4. b) La trasparenza (capo III)	127
4. c) I soggetti (capo IV)	129
5. Il Titolo III. La seconda regola aurea, l'incentivazione e la premiazione della <i>performance</i> .	132
6. Amministrazione statale e non.	135
7. Una struttura parallela generale e sovra-ordinata.	137
III. La riforma del d.lgs. n. 165/2001.	138
8. Il Titolo IV. La rilegificazione: la nuova <i>actio finium regundorum</i> fra legge e contrattazione collettiva e la blindatura <i>ex lege</i> dei <i>managerial rights</i> (Capo I).	138
9. Contrattazione collettiva: patologia e terapia (Capo IV)	141
10. La dirigenza: meno autonomia e più responsabilità (Capo II e richiami dai Capi III e V).	148
IV. La partenza rinviata	154
11. Lo scadenziario applicativo.	154
12. Il lavoro della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni Pubbliche (CiVIT) ... ed il posticipo dell'avvio.	160

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 119/2011

I. Filosofia e struttura del d.lgs. n. 150/2009

1. Una costante: la privatizzazione.

Se pur di recente si è sentita riecheggiare l’aulica formula di un rapporto di impiego ontologicamente pubblico³¹⁷, vera e propria linea del Piave su cui alla vigilia della riforma si era attestata la suprema magistratura amministrativa³¹⁸, la riesumazione non trova conferma alcuna nella sequenza legislativa culminata nel d.lgs. n. 150/2009. Ho già avuto occasione di ricostruire l’ormai ventennale vicenda della riforma nei termini di una dialettica tutta interna alla de-pubblicizzazione, “vista e vissuta come una liberazione da quella autentica camicia di forza costituita, da un lato, da una organizzazione burocratica, formalista, impanata in una defatigante procedura, a tutto scapito dell’efficacia ed effettività della sua azione; dall’altro, da una realtà occupazionale caratterizzata da una cronica carenza di direzione e di motivazione, da una sindacalizzazione corporativa, da una dipendenza politica”³¹⁹. Una dialettica, questa, svoltasi all’interno della coppia di denominazioni che la tenne a battesimo, “contrattualizzazione” e “privatizzazione”³²⁰, tutt’altro che neutra nella portata e nella *ratio*: la prima “era la denominazione privilegiata da quanti dilatavano la contrattazione collettiva fino a patrocinarne un’estensione ‘assoluta’, spinta a coprire l’intera area sottratta all’egemonia pubblica”, la seconda “era la denominazione preferita da coloro che delimitavano la stessa contrattazione, fino a ricostruirne un’estensione ‘relativa’, portata a coprire una parte significativa, ma pur sempre determinata di quell’area”. E “la *ratio* sottesa tendeva a divaricarsi: coloro che parlavano in termini di ‘contrattualizzazione’, volevano far leva sulla capacità rinnovatrice di un sindacalismo confederale, con una ‘rivoluzione’ destinata a risalire dal personale alla dirigenza; coloro, invece, che replicavano in termini di ‘privatizzazione’ puntavano a far leva sulla capacità auto-riformatrice della stessa struttura, con una ‘svolta’ destinata a descendere dalla dirigenza al personale”³²¹.

Non c’è mai stata una ri-pubblicizzazione³²² degna di questa parola, tant’è che la stessa rivisitazione della dirigenza effettuata all’alba del nuovo millennio, con la l. n. 145/2002, se pur tale da

³¹⁷ V. M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, n. 1, 187 che pare scritto un ventennio fa, tant’è forte il ritorno nostalgico del quadro legislativo, giurisprudenziale e dottrinale del tempo che fu.

³¹⁸ Si ricorda il famoso parere sullo schema di disegno di legge delega n. 421/1992 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 146 del 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, III, 4 ss. ove, sul presupposto di una “sostanziale diversità” tra lavoro pubblico e privato, il supremo giudice amministrativo mette in guardia il legislatore da “una privatizzazione astratta, generale e globale di tutto il pubblico impiego (sia pure con l’esclusione di talune categorie)”.

³¹⁹ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 4, 452.

³²⁰ Mi permetto di rinviare alla ricostruzione storico-politica effettuata in F. CARINCI, *Massimo D’Antona e la “contrattualizzazione” del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un’utopia*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT – 80/2008 ove si è ribadita la preferenza accordata al termine “privatizzazione” certamente più consono allo spirito della riforma; nonché, in precedenza a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 6, 1052 ss.; Id., *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 2, 335 ss.; Id., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 57.

Sottolineando, invece, “la riscoperta centralità del contratto”, ritiene preferibile l’uso del termine “contrattualizzazione” A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 43; nello stesso senso, M. SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell’impiego all’organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli, Torino, 2006; Id., *La “specialità” del pubblico impiego in dottrina e in giurisprudenza*, in www.pubblicoimpiego.info

³²¹ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 452.

³²² F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 334 ss.; nello stesso senso v. G. D’AURIA, *Il nuovo sistema*

poter suggerire una qual sorta di involuzione, fu ricondotta nell’ambito dell’interpretazione consolidata senza troppa fatica. Non c’è stata e non c’è certamente né nella l. n. 15/2009 né nel d.lgs. n. 150/2009, come constata la stessa circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, n. 7/2010, dedicata al decreto, laddove afferma, se pur *incidenter tantum*, che “si tratta di disposizioni legislative, che sebbene non apportino modifiche in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro, che rimane disciplinato prevalentemente dalle norme civilistiche (salve le deroghe stabilite dallo stesso decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), tuttavia modificano incisivamente le regole della contrattazione collettiva”³²³. Mentre è ben avvertibile la progressiva perdita di rilevanza della ‘contrattualizzazione’ a favore della ‘privatizzazione’³²⁴: non solo nella terminologia utilizzata, se è vero che oggi si usa quasi esclusivamente questa seconda denominazione per indicare la riforma incorporata nel d.lgs. n. 165/2001, impropriamente ribattezzato come testo unico³²⁵; ma, anche e soprattutto, nella sostanza³²⁶, quale costituita dalla delimitazione dell’area di manovra lasciata alla contrattazione collettiva e dalla conseguente espansione di quella riservata all’autonomia dirigenziale.

D’altronde, come ho notato altrove, commentando la legge n. 15/2009, tutta la fase preparatoria della riforma “Brunetta” risulta caratterizzata da una riscoperta ed enfatizzazione della “cultura” destinata a trovare proprio in quella privatistica la sua disciplina ottimale, vale a dire la cultura dell’impresa industriale³²⁷; enfatizzazione realizzata non senza una ben percepibile forzatura, derivante dall’inevitabile scorporazione dell’azienda, come organizzazione costruita sulla meritocrazia e sull’efficienza, dall’impresa, quale attività proiettata al profitto.

Non per nulla la consulenza degli aziendalisti è stata ampiamente utilizzata per la redazione della legge delega, come risulta dalla stessa lettera dei suoi artt. 4 (“Principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva. Disposizioni sul principio di trasparenza nelle amministrazioni pubbliche”) e 5 (“Principi e criteri finalizzati a favorire il merito e la premialità”); e, non per nulla, a quanto risulta *per tabulas*, la cultura della *business organization* trasuda da tutta la prima parte del d.lgs. n. 150/2009, costruita sulla nozione di *performance*.

2. Un’azienda senza impresa.

Il Titolo I (“Principi generali”) del d.lgs. n. 150/2009 si risolve in un unico art. 1, che, secondo un modulo destinato ad essere ripreso e ripetuto in apertura dei Titoli II e III, intende metterne in

delle fonti: *legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 1, 6.

³²³ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, 13 maggio 2010 in www.innovazionepa.gov.it

³²⁴ Si rinvia alla nota 4.

³²⁵ In F. CARINCI, *Una riforma “conclusa” fra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 334, nell’analizzare le vicende politiche e sindacali di quegli anni, si ricorda come “bastò il voto del sindacalismo confederale... per vanificare il lascito di D’Antona, tradotto in un testo altamente sofisticato, perché il d.lgs. 165/2001 risultasse del tutto compilativo, cioè il vecchio d.lgs. 29/93, rinumerato *ex novo* e riproposto più o meno tale e quale”; Id., *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2001, 178 ss.; F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 5 ss.

³²⁶ Si è parlato, infatti, di “controriforma” (C. ROMEO, *La controriforma del pubblico impiego*, in *Lav. Giur.*, 2009, 761 ss.) ovvero di “riforma della riforma” (F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 455).

³²⁷ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 952 ss. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D’Antona"* it- 88/2009; Id., *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 457.

chiaro oggetto e finalità: "In attuazione degli articoli da 2 a 7 della legge 4 marzo 2009, n. 15, le disposizioni del presente decreto recano una riforma organica della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ..." (co. 1), diretta ad assicurare "una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità" (co. 2).

Appare evidente il ricorso al vocabolario aziendale per delineare quella che dovrebbe essere "una migliore organizzazione del lavoro", con una sovrapposizione fra le sue caratteristiche e le sue rese positive, così da suggerire l'idea di una qual sorta di relazione causale fra le une e le altre, non solo necessaria ma addirittura inevitabile. A stare alle parole spese, le sue caratteristiche presuppongono una ridefinizione della linea di confine fra legge e contrattazione collettiva, tale da restituire ad una dirigenza rafforzata un'ampia area di manovra gestionale, ispirata alla meritocrazia, sia nell'incentivazione economica che nella carriera; e, a loro volta, le sue rese positive risultano condensate nell' "incremento dell'efficienza del lavoro pubblico" (miglioramento del processo produttivo) e negli "elevati standard ... delle funzioni e dei servizi" (miglioramento del prodotto).

A prima vista non sembrerebbe emergere alcuna significativa discontinuità nella scelta ormai collaudata di far recitare la parte del "vero" datore di lavoro ad una dirigenza resa protagonista all'insegna di una relazione virtuosa fra autonomia e responsabilità³²⁸. Ma, guardando meglio, quella chiamata in causa della legge nelle prevista ridistribuzione delle competenze *ex lege* ed *ex contractu*, fa ricadere la sua ombra sull'intera elencazione successiva, sì da far prevedere che la dirigenza godrà di una più ampia area gestionale, ma ne godrà secondo una tabella di marcia prefissata dalla legge stessa. Ne rappresenta una traccia evidente l'accoppiata fra selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera³²⁹, che fa presagire quel che troverà piena conferma nel prosieguo del decreto: cioè, una sostanziale sottrazione non solo delle progressioni di carriera, ma delle stesse progressioni economiche da quella discrezionalità di utilizzazione che ne fa la misura per eccellenza della politica del personale nell'azienda privata.

Ciò che sembra di leggere in questa *ouverture* è sì una rinnovata enfasi su quella che è stata fin dall'inizio la base portante della c.d. privatizzazione, cioè una dirigenza manageriale, con una sorta di relazione sinallagmatica fra autonomia e responsabilità, qui rinnovata ed accentuata per via di una dilatazione della competenza gestionale. Ma, del duplice braccio della tenaglia che,

³²⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 953.

³²⁹ Per un approfondimento v. B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 1; L. SGARBI, *Rendimento e merito. Concorsualità dell'accesso, delle progressioni di carriera e di quelle economiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 1023 ss.

stando all'ormai consolidata esperienza, aveva finito per restringere e mortificare quella competenza, qui sembra destare una preoccupazione maggiore quello "sindacale" rispetto a quello "politico": la legge dà l'impressione di essere interessata più a contenere l'invasione "orizzontale" della contrattazione collettiva, che a prevenire l'interferenza "verticale" dell'organo di indirizzo politico-amministrativo.

Questo è corretto, ma solo fino ad un certo punto: come si vedrà il conferimento degli incarichi dirigenziali viene reso più competitivo e trasparente; ma, a prescinderne ora, rimane da considerare e valutare un effetto riflesso dello stesso eccesso di regolamentazione. Certo, quanto la legge toglie alla contrattazione collettiva, la legge lo restituisce alla dirigenza solo in dosi misurate e controllate, sì da declassarla non poco, da gestrice responsabile per la resa complessiva a esecutrice sanzionabile per l'esatta osservanza di una disciplina dettagliata ed invasiva in materia di governo degli uffici e dei dipendenti. Ma, nella misura in cui sottopone la dirigenza ad una sorta di libertà vigilata, nella stessa misura la sottrae ad una possibile espropriazione da parte dell'organo di vertice³³⁰.

Vien da dire che al tradizionale picchettamento del confine fra indirizzo e gestione, tracciato e ritracciato per renderlo impermeabile, senza peraltro un vero e proprio successo, si aggiunge un puntiglioso piano regolatore del terreno riservato alla gestione, che di per sé pare garantire, più e meglio, contro ogni tentativo di *trespass* dall'alto. Se pure - deve essere subito aggiunto - in quello che appare un complesso gioco di equilibri, l'organo di vertice può recuperare, proprio a livello di indirizzo, non poco di quanto perde a livello di condizionamento operativo: se è vero che quel piano quanto più regola tanto più blinda la dirigenza, è anche vero lo stesso organo di vertice non è del tutto estraneo al suo varo e funzionamento.

A prescindere dall'*an* e dal *quomodo* una dirigenza così etero-diretta ed esposta possa recitare la parte assegnatale nella iconografia della riforma Brunetta, cioè di un *management* a pieno titolo, che, come tale, avrebbe richiesto di essere liberato e non appesantito da lacci e lacciuoli; a prescindere da questo, resta che dietro l'onnipresenza della legge, con la sua lunga coda di apparati, regolamenti, circolari c'è un'idea fortemente centralistica, tutta all'insegna di una piatta ed os sessiva uniformità.

Quel che sembra emergere è una lettura della lezione del passato, fatta con l'occhio di un economista, qual è il Ministro. In breve, è possibile immaginare un'azienda senza imprenditore, cioè senza ricerca del profitto, ma anche senza sanzione dal mercato; ma, lasciata a sé, l'assenza d'imprenditore³³¹ retro-agisce causando una destabilizzazione dell'azienda stessa. Ed in fatto, ogni ricostruzione della dirigenza come un *alter ego* dell'imprenditore³³² si è rivelata del tutto priva di

³³⁰ Nello stesso senso A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 1, 16.

³³¹ Nel senso della "imprenditorialità" della pubblica amministrazione v. E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2002; ID., *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 110 ss.; ID., *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet Giuridica, Torino, 2007, cap. VI.

³³² Si vedano le considerazioni già svolte in F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 31, 8 e ID., *Il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2699 ss.

quella poca ed equivoca rilevanza ancora attribuitale dalla giurisprudenza nella realtà privata³³³: non è lei a tenere i cordoni della borsa; e se è lei a rischiare, lo è più di tutto agli occhi del referente politico-istituzionale, che, di diritto o di rovescio, ne condiziona *status* e reddito. Come tale non può di per sé sola coltivare una logica aziendale, cioè orientata all'efficienza ed all'efficacia della sua azione: non basta liberarla, perché non avrebbe la forza necessaria per far buon uso della libertà; bisogna vincolarla *ex lege* dall' "alto" e dall' "esterno": con metafora teologica, può darsi che la legge è assunta come vero e proprio motore immobile, causa non causata, disegno intelligente dell'intera riforma.

C'è, però, una compensazione all'assenza del mercato, data dalla possibilità di sfruttare la enorme capacità dell'informatica, per utilizzare, al posto del giudizio della clientela, il giudizio dell'utenza³³⁴. Una compensazione, non una sostituzione più o meno comparabile, perché il cliente non ha diritto al bene o al servizio, mentre l'utente lo ha; sicché, mentre il giudizio del primo si esprime con l'acquisto o il non acquisto, il giudizio del secondo si può esprimere solo in altro modo, cioè con il controllo, attuato anzitutto tramite l'accesso ad internet, dove deve essere pubblicato un ricco campionario informativo sul "processo produttivo" (organizzazione) e sul "prodotto" (servizio). Non solo, perché è possibile reagire al difetto del "prodotto" con una *class action*, prevista dalla legge delega, al suo art. 4, co. 2, lett. I, ma non ripresa nel decreto delegato, bensì consegnata al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 303, la cui operatività in materia resta a tutt'oggi bloccata, per la perdurante assenza della sua stessa precondizione, quale data dalla individuazione degli standard dei servizi somministrati³³⁵.

Una risposta, questa, che, giusta o sbagliata rispetto alla lezione da trarre dal passato, più punta a rafforzare *ex lege* la logica aziendale, più la mortifica. La riduzione della discrezionalità e la pubblicizzazione della gestione dirigenziale parlano da sé, perché in totale contro-tendenza rispetto alla realtà privata: qui è richiesta una tempestività e flessibilità decisionale; e sempre qui la dinamica interna rimane segretata.

Ecco, dunque, in sintesi, l'intera partita, giocata dal Ministro, con quella passionale irruenza, propria della sua natura ma esaltata dalla parte rivestita sulla scena politica: affidare la vitalità di un'azienda sprovvista di un'impresa ad una dirigenza, sottoposta a libertà vigilata ed esposta ad una trasparenza informatica assai ampia³³⁶. Una partita tutta da vedere, perché un'azienda sif-

³³³ Tra le più recenti Cass., sez. lav., 24 giugno 2009, n. 14835, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, 974 ss. e Cass., sez. lav., 12 gennaio 2009, n. 394, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 1, 38.

³³⁴ "Con relativa implementazione di meccanismi di voice" così G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 67.

³³⁵ "Potrebbe trattarsi di un rimedio realistico contro l'inefficacia dell'azione amministrativa", così L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antonio".IT*, 63/2008, "anche se, nella specie, confezionato in modo un po' fiacco e piazzato su un binario che sembra portare di nuovo verso farraginosi rimedi burocratici, piuttosto che verso il mercato" così L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 37 ss.

³³⁶ "L'impressione è che ad una chiusura totale si voglia sostituire un'apertura totale: all'oscurità deprimente di ieri, la luce accecante di domani", così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, cit., 990. È stato, peraltro, sottolineato come il principio di trasparenza, sancito sia nella legge delega sia nel decreto delegato in termini tanto assoluti, presenti "il rischio di ingiustificate lesioni della privacy individuale" v. A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Rigolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 01, 11.

fatta, iper-regolata ed iper-trasparente, non ha esperienza alcuna alle spalle in grado di supportarla; ma il nostro collega universitario di Palazzo Vidoni potrebbe controbattere facendo suo il motto dell'Accademia del Cimento, "Provando e riprovando".

Nell'andare a vedere le carte calate sul tavolo dal nostro Ministro col d. lgs. n. 150/2009, occorre premettere che lo si farà considerandole di per se stesse, senza tener conto di quanto si conformino alle dichiarazioni fatte con la l. n. 15/2009 e di come si accordino con le combinazioni non modificate del d. lgs. n. 165/2001. Carenza non di poco conto, quest'ultima, se l'intenzione qui perseguita fosse quella di offrire una visione completa e sistematica della nuova disciplina vigente, dopo l'ultimo decreto legislativo; ma non è questa, bensì un'altra, cioè far vedere l'anima della riforma Brunetta, così come emerge dal singolare composto costituito dal decreto in parola, con un dettagliato processo di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* a far da anticamera ad una conforme rivisitazione del d.lgs. n. 165/2001. Ma, poiché è l'anima che qui interessa, non vi sarà un esame completo ed esauriente dell'intero corpo del decreto: secondo il detto comune, dovrebbe bastare guardarlo negli occhi, che qui, però, sono piuttosto grandi ed impegnativi.

3. Panoramica del decreto legislativo: contenuto e disegno.

Se pur la l. n. 15/2009 faceva prevedere una ipertrofia regolativa, nondimeno impressiona la dimensione assunta dal d.lgs. n. 150/2009, ricco di ben 74 articoli, suddivisi in cinque Titoli. Dopo quell'articolo 1 appena visto, unico ospite del Titolo I, c'è tutta una prima parte data da 27 articoli (dal 2 al 28), ricompresi sotto il Titolo II ("Misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*") (dal 3 al 16) ed il Titolo III ("Merito e premi") (dal 17 al 31): questa risulta non incorporata nel d.lgs. n. 165/2001, quindi destinata a restare definitivamente congelata nel d. lgs. n. 150/2009. Segue, poi, una seconda parte, costituita da 42 articoli (dal 32 al 73), raccolti nel Titolo IV ("Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni") che - nella misura in cui novella lo stesso d. lgs. n. 165/2001- trasmigra al di fuori del d.lgs. n. 150/2009; lo fa, perdendo per via tutti gli articoli posti in testa ai suoi Capi, per inquadrarne i rispettivi contenuti. Chiude, infine, una terza parte, rappresentata da un solo articolo (il 74), compreso sotto il Titolo V ("Norme finali e transitorie").

È un testo lungo, complesso, enfatico e ripetitivo, discontinuo nel suo *mix* di principi, disposti generali, interventi dettagliati, approssimativo nel linguaggio tecnico, problematico per l'interprete, con, a far da *refrain* al continuum numerico, quegli articoli di apertura dei Capi - di cui si è appena fatto cenno - sui relativi "Oggetto, ambito di applicazione e finalità": il loro intento pare quello di restituire unità e chiarezza all'intero corpo, ma non di rado il dettato tradisce un eccesso propagandistico, perché vi si vorrebbe far credere qualcosa che poi non si ritrova in seguito.

Questo è ciò che serve il convento: trattandosi di un decreto delegato, avrebbe dovuto avere dalla sua un minor carico di compromessi dell'ultimo minuto; ma il procedimento gestionale di un decreto siffatto è stato appesantito da un confronto e da un lavoro mediatorio costante, coi gruppi parlamentari, coi partiti, con le Regioni, coi sindacati, con le associazioni di interesse. Vi è sotteso, però, un progetto costruito secondo un *continuum* decifrabile, capace di produrre un significativo "aggiornamento" del regime vigente, pur lasciando aperto più di un interrogativo circa il suo reale impatto.

La distinzione proposta fra una prima ed una seconda parte del decreto non è solo topografica, perché la mancata incorporazione della prima parte nel d. lgs. n. 165/2001 è dovuta alla sua autonomia strutturale e funzionale, *sub specie* di una metodologia - pensata a misura di un'azienda, ma forzata dentro la realtà della pubblica amministrazione – cui conformare la seconda parte, che novella il “testo unico” del pubblico impiego privatizzato. Tale logica risulta dalla strumentazione e dalla relativa terminologia: la “misurazione, valutazione e trasparenza della performance” di cui al Titolo II fa da premessa al “merito e premi” di cui al Titolo III, sulla esplicita convinzione che l’arma dell’incentivazione sia quella elettiva per assicurare una maggiore efficienza. Il che è deducibile implicitamente già dagli stessi articoli 2, co. 1 e 17, co. 1 (Oggetto e finalità) che aprono i Capi I (Disposizioni generali) del Titolo II e, rispettivamente, del Titolo III: il sistema di valutazione – dichiara il primo - persegue il fine “di assicurare elevati standard qualitativi ed economici del servizio tramite la valorizzazione dei risultati e della *performance* organizzativa e individuale”; la quale - afferma il secondo - richiede, a sua volta, “strumenti di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa informati a principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi”.

Già a prima vista, però, emerge una duplice approssimazione, perché nessuna genuina prospettiva aziendale potrebbe assumere l’articolazione di un complesso come una realtà data e statica, neutra rispetto alla valutazione; né potrebbe considerare la motivazione del personale tutta risolta nell’incentivazione, sì da trascurare quell’identificazione con la realtà di appartenenza che, invece, merita grande attenzione.

Certo sarebbe stato possibile limitare la prima parte del nostro decreto alla definizione di un quadro di riferimento, da rifinire nel dettaglio ad opera di altra fonte, graduata nella sua forza vincolante e nella sua provenienza, sì da assicurare la varietà e la flessibilità, richieste dall’implementazione di un logica aziendale, che, come tale, voglia essere a misura dell’organizzazione interessata. Possibile, ma, anche opportuno, perché avrebbe evitato di apprestare un abito che pare ripreso dal modello illustrato su un manuale per aziendalisti, per, poi, essere adattato, con un taglio e cuci approssimativo, all’intero corpo del pubblico impiego privatizzato: un abito unico per taglia, stoffa, colore, ma reso universale per qualsiasi occasione, evenienza, stagione.

II. Tecnica aziendale e pubblica amministrazione.

4. Il Titolo II. La prima regola aurea, la valutazione della *performance*

Il Titolo II ha come motivo di fondo la *performance*³³⁷ - parola suggestiva nella sua intraducibilità dalla lingua scientifica per eccellenza - tant’è che il Capo I, con le sue “Disposizioni generali”, la dà come il *la*, che i Capi seguenti riprendono fin dalle rubriche: il Capo II, “Il ciclo di gestione della *performance*”; il Capo III, “Trasparenza e rendicontazione della *performance*”; il Capo IV “Soggetti del processo di misurazione e valutazione della *performance*”. E proprio nel Capo I, al suo art. 3, ci sono tre punti qualificanti. Dato, *il primo*, dalla messa in opera di una valutazione universalistica

³³⁷ Sull’argomento si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 5, 748 ss.; G. NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della “misurazione” e “valutazione” individuale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 103/2010, 16; S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 255 ss.; A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 12, 2010.

della *performance*, estesa “ad ogni amministrazione pubblica ... con riferimento all’amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti” (co. 2), cui fa da inseparabile compagna l’adozione di “modalità e strumenti di comunicazione che garantiscano la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della *performance*” (co. 3). Costituito, *il secondo*, dalla configurazione della valutazione della *performance* come “condizione necessaria per l’erogazione di premi legati al merito ed alla *performance*” (co. 5). Rappresentato, *il terzo*, dalla previsione di una implementazione dell’intera macchina di valutazione e trasparenza “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”, eccezion fatta per la sola neonata Commissione (CiVIT), facendo obbligo alle amministrazioni di utilizzare “le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente” (co. 6). Sintetizzando al massimo, *in base al primo dei tre punti* qualificanti, è posto uno scopo estremamente ambizioso, peraltro, pensato e costruito a misura di un modello organizzativo tipo, bel lontano da quello medio effettivamente esistente: se è comprensibile una valutazione dell’amministrazione nel suo complesso e delle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola, lo è molto meno una estesa alla generalità del personale, con modalità tendenzialmente coincidenti³³⁸, senza tener conto che, col decrescere della mansioni assegnate, diviene progressivamente più difficile procedere ad una loro ponderazione significativa. *In forza del secondo*, è stabilito un legame fra valutazione ed incentivazione, solo apparentemente uni-direzionale, ma sostanzialmente bi-direzionale, perché se l’assenza della valutazione pregiudica l’incen-tivazione, a sua volta la carenza di risorse per l’incen-tivazione vanifica la valutazione. *In ragione del terzo*, è posto un vincolo al limite della paralisi, cioè un “costo zero”, non solo per la valutazione ma anche per l’incen-tivazione, perché quanto qui detto in testa al Titolo II (art. 3, co. 6), verrà ripetuto alla lettera in apertura al Titolo III (art. 17, co. 2).

4. a) Il ciclo di gestione (capo II)

Per avere un’idea di quanto sia ambizioso lo scopo perseguito basta cominciare a scorrere il Titolo II, che, nel suo Capo II, ci presenta l’intero processo, tenuto a battesimo con un nome di per sé evocativo del suo carattere continuo, fluido, regolare: “ciclo di gestione della *performance*”, che deve svolgersi coerentemente al “ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio, su un continuum pluri-fase” (art. 4). Per dirla metaoricamente, *a monte* c’è l’individuazione degli obiettivi e delle risorse, secondo una programmazione su base triennale effettuata “prima dell’inizio del rispettivo esercizio dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell’amministrazione, che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative” (art. 5); *a mezza costa* insiste la valutazione della *performance*, scandita da una sequenza articolata sulla previa adozione da parte delle “amministrazioni pubbliche del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, secondo le direttive della Commissione...”, e sulla conseguente misurazione annuale condotta dagli Organismi indipendenti di valutazione, dalla stessa Commissione, dai dirigenti, con una sovrapposizione e concorrenza di competenze difficilmente ricostruibile e districabile; *a valle*, rimane la rendicontazione dei risultati, prevista come *urbi et orbi*, cioè

³³⁸ S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 749 critica la scelta del legislatore di far confluire in un unico canale valutativo le due *performance* – individuale ed organizzativa – poiché non è “scontato che una cattiva *performance* organizzativa sia dovuta ad una altrettanto cattiva *performance* individuale; e allo stesso tempo non è detto che un’ottima *performance* organizzativa porti con sé l’ottimo rendimento dei lavoratori della struttura o dell’ente interessato”.

"agli organi di indirizzo politico amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi" (artt. 7, 8 e 9).

A testimonianza dell'elevata formalizzazione, che dovrebbe garantire la coerenza e la tracciabilità di ogni fase, le amministrazioni sono tenute a far precedere e seguire all'attività di valutazione, conformata al già adottato Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, da un paio di documenti, da trasmettere immediatamente alla Commissione, al Ministero dell'economia e delle Finanze. Farla precedere, cioè, entro il 31 gennaio, da "un documento programmatico triennale, denominato "Piano della *performance*" (in coerenza col programma finanziario e col bilancio, individua gli indirizzi strategici ed operativi, con riferimento ai passaggi intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la valutazione della *performance* dell'amministrazione, gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori); farla seguire, entro il 30 giugno, da un documento a consuntivo per l'anno precedente battezzato "Relazione sulla *performance*" che riporta i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto agli obiettivi ed alle risorse (art. 10 co. 1, lett. a e b).

Un processo ferreo nel suo svolgimento da un passaggio all'altro, che non viene lasciato all'adempimento spontaneo³³⁹. Mettendo al servizio del perfezionismo utopico del modello un realismo smaliziato, il processo in parola viene sanzionato toccando non il "cuore", ma la "borsa": se quel che sta a monte, cioè l'individuazione degli obiettivi, secondo una programmazione su base triennale, non trova riscontro nella realtà, ne segue il blocco dell' "erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa" (art. 5, co. 1); e se quel che si colloca a mezza costa, cioè l'adozione del Piano della *performance*, non risulta effettuato, ne consegue il "divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti", nonché di "procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati" (art. 10, co. 5).

4. b) La trasparenza (capo III)

Una volta che il Capo II ha regolato il ciclo della *performance*, il Capo III, nel suo unico art. 11, affronta il tema della trasparenza e rendicontazione, cominciando coll'enfatizzare all'estremo la trasparenza: "intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione..."; e qualificata come "livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione" (co. 1).

La trasparenza opera attraverso un doppio circuito, "speciale" e "generale". Il circuito "speciale", conta, a sua volta, su un duplice obbligo, che lo configura come partecipato e selettivo, nonché aperto al confronto diretto con enti e soggetti qualificati: "Ogni amministrazione, sentite le asso-

³³⁹ Come è stato già sottolineato, "l'olismo del meccanismo predisposto appare eccessivo e controproducente...nel suo voler fissare per legge non una serie di finalità e di regole-quadro, ma una regolamentazione barocca, che avrebbe dovuto essere lasciata alla potestà regolamentare o all'emanazione di circolari, se non addirittura rimessa in larga misura alla discrezionalità della dirigenza" v. F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 462.

cialzioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire: a) un adeguato livello di trasparenza, anche sulla base delle linee guida elaborate dalla Commissione di cui all'art. 13; b) la legalità e lo sviluppo dell'integrità" (co. 2); ed, altresì, "Ogni amministrazione presenta il Piano e la Relazione sulla *performance* di cui all'art. 10, comma 1, lettere a) e b), alle associazioni di consumatori o utenti, ai centri di ricerca e a ogni altro osservatore qualificato, nell'ambito di apposite giornate della trasparenza" - che, si aggiunge subito, a conferma di una preoccupazione costante devono essere tenute – "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (co. 6).

Il circuito "generale" fa leva sull'obbligo di attivare e curare un ricco e dettagliato sistema informativo su rete, che lo configura come aparticipativo e aselettivo, aperto a *quisque de populo*: "le pubbliche amministrazioni provvedono a dare attuazione agli adempimenti relativi alla posta elettronica certificata..." (co. 5); "Ogni amministrazione ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale in apposita sezione di facile accesso e consultazione, e denominata: "Trasparenza, valutazione e merito ..." una lunga e dettagliata serie di informazioni che vanno dai documenti di programma e di consuntivo (Piano triennale e Relazione annuale sulla *performance*; Programma triennale per la trasparenza e l'integrità) a tutta una serie di dati relativi al sistema classificatorio e retributivo (nominativi e *curricula* dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione; ammontare complessivo dei premi previsti e dei premi effettivamente distribuiti; grado di differenziazione nel loro utilizzo per i dirigenti e per gli altri dipendenti; *curricula* e retribuzioni dei dirigenti e di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo; *curricula* dei titolari delle posizioni organizzative; incarichi conferiti) (co. 8). *More solito*, la sanzione tocca la "borsa": la "mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità" e il "il mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui ai commi 5 e 8" comportano il blocco "della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti".

Non è tutto perché le pubbliche amministrazioni sono obbligate a contabilizzare e monitorare i costi sostenuti per i singoli servizi prestati, con evidenziazione di quelli effettivi e di quelli disaggregati del personale; e, poi, a pubblicarli sui loro siti istituzionali. Il che serve a fornire all'utenza una radiografia aggiornata, utile a confrontare spesa e resa dei servizi utilizzati, sì da orientarla nella sua valutazione delle amministrazioni considerate ed, eventualmente, supportarla nella sua decisione di far ricorso alla *class action*³⁴⁰.

Un'idea suggestiva, questa, di attivare a carico della amministrazione una nuova e moderna "responsabilità", diretta ed immediata, con rispetto all'utente dotato di un potere di controllo, la quale anticipa e rinforza la vecchia e collaudata "responsabilità", indiretta e mediata, con riguardo al cittadino fornito di un diritto di voto. Come anticipato, nell'ambito di una logica di azienda, l'utente finirebbe per giocare il ruolo del consumatore, se pur in modo solo lontanamente comparabile, perché l'eventuale comportamento sanzionatorio si dovrebbe esprimere non, passivamente, con un rifiuto d'acquisto del bene o servizio, ma, attivamente, con un intervento *ad hoc* circa un processo gestionale di cui è messo in grado di informarsi. Consapevole di questo, il legislatore delegato ha messo in atto quel duplice circuito sopra ricostruito, sì da tener conto di questo *plus* di coinvolgimento richiesto: il circuito "speciale", promosso dall'amministrazione, attuato

³⁴⁰ V. *supra* note 18 e 19.

a contatto diretto, riservato ad un pubblico di addetti al mestiere, garantirebbe un confronto certo e regolare; mentre il circuito "generale", messo in moto dal singolo, realizzato via internet, aperto ad un pubblico potenzialmente coincidente con quello che utilizza il mezzo informatico, permetterebbe non solo un aggiornamento costante sul processo gestionale, ma anche un dialogo a distanza³⁴¹.

D'altronde tale trasparenza presuppone l'idea che una razionalizzazione della dinamica organizzativa, tale da costringerla a svolgersi secondo cicli e processi decisionali obbligati, previsti e programmati, debba finire per oggettivizzare processi e risultati, sì da renderli pubblicizzabili. Ma, come detto, qui viene confermata la distanza rispetto ad un'azienda privata, perché se è vero che questa è modellata secondo una precisa e dettagliata programmazione, è pur vero che non nasce e non vive ingessata e priva di una più o meno ampia area di manovra discrezionale; e, comunque, coltiva un forte senso di "pudore" con riguardo ai "dati sensibili", tant'è che li conserva accuratamente protetti agli sguardi indiscreti del personale e del pubblico.

Anche chi condivide la strada prescelta, come la migliore o come l'unica percorribile, deve essere consapevole che se è accattivante equiparare un'amministrazione pubblica ad una casa di vetro³⁴², è difficile governare un'organizzazione in assoluta e totale trasparenza; lo è soprattutto con riguardo ad una gestione del personale estremamente formalizzata, che una volta disvelata *nominatim*, è destinata a dar vita ad una comparazione diffusa e continua all' "interno"- ancor più ed ancor prima di una attività di controllo all' "esterno" - come tale destinata a produrre tensione e vertenzialità sindacale e giudiziaria.

Tutto questo a prescindere dalla difficoltà stessa di percorrere la strada in parola della creazione e della manutenzione di una rete di siti; ma bisogna dar atto al Ministro Brunetta di una forte capacità di spinta, come testimonia il varo del nuovo Codice dell'Amministrazione digitale (CAD) comprensivo di incentivi e tempi per l'implementazione, che dovrebbe permettere all'utenza non solo di informarsi, ma anche di dialogare con l'amministrazione interessata (d.lgs. n. 235/2010, modificativo ed integrativo del d.lgs. n. 82/2005).

4. c) I soggetti (capo IV)

Chiude il Titolo II, il Capo IV ("Soggetti del processo di misurazione e valutazione della *performance*"), che al suo primo articolo, l'art. 12, elenca i componenti della "banda" incaricata di suonare la partitura predisposta in tema di misurazione: "a) un organismo centrale, denominato: "Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche ... ; b) gli Organismi indipendenti di valutazione della *performance* ... ; c) l'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna amministrazione; d) i dirigenti di ciascuna amministrazione".

A dirigere dal podio, a colpi di bacchetta, è la CiVIT. Stando alla lettera dell'art. 13, co. 1, essa opera "in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia", ma "in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica- e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello

³⁴¹ "Attivando forme di controllo diffuso sul rispetto del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, in ottica di partecipazione democratica" così B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 269.

³⁴² Così, già in un primo commento alla legge delega n. 15/2009, F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 989.

Stato -": espressione aperta, che si lascia alle spalle una posizione in equilibrio instabile fra "indipendenza ... e autonomia", da un lato e "collaborazione", dall'altro. Certo la procedura di nomina sembra inattaccabile, perché, a' sensi del co. 2, i cinque componenti, in carica per un sessennio rinnovabile una sola volta, devono essere scelti "fra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato in tema di servizi pubblici, management, misurazione della *performance*, nonché di gestione e valutazione del personale", privi delle previste incompatibilità politiche, partitiche, sindacali, di conflitto di interessi; e devono essere nominati, tenuto conto delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di consenso con il Ministro per l'attuazione del programma di Governo, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti". Solo che l'esperienza ci ha ormai abituato a non lasciarci impressionare né dall'elencazione dei requisiti richiesti per la scelta, né dalla pluralità dei soggetti istituzionali corresponsabili per la nomina, risultando la prima tanto più occasione di manipolazione quanto più ferrea, e la seconda tanto più fonte di lottizzazione quanto più coinvolgente. A quanto sembra, anche questa volta la celebre massima attribuita all'inossidabile Andreotti, "a pensar male, si fa peccato ma ci si prende" ha trovato conferma, sì da rendere lieve la fatica di mappare la CiVIT in base alla benedizione ricevuta da ogni singolo componente: tutti, donne e uomini, d'onore, ma *more solito* tutti, figlie e figli legittimi e conclamati di qualcuno, assemblati e confezionati in pacchetto dal Ministro Brunetta.

Il che, tutto sommato, sembra ancora il meno, perché il come si nasce non ipoteca il come si vive. Il più è costituito dal fatto che i nostri cinque commissari si vedono assegnato un compito a dir poco gigantesco, cioè, con le parole dell'art. 13, co. 1, "di indirizzare, coordinare e sovra-intendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale". Parole, queste, che acquistano una precisa pregnanza alla luce delle dettagliate specificazioni delle competenze di cui allo stesso art. 13, co. 5, 6, 7 e 8, tante e tali da richiedere la messa in piedi di una struttura assai ricca di risorse umane e materiali: "indirizza, coordina e sovraintende all'esercizio delle funzioni di valutazione da parte degli Organismi indipendenti", promuovendo il miglioramento della *performance*, assicurando la trasparenza ed effettuando la comparazione dei risultati a standard interni ed internazionali, favorendo la cultura della trasparenza, della integrità, delle pari opportunità; nel rispetto dell'autonomia di valutazione propria di ogni amministrazione, fornendo supporto all'attuazione del ciclo della *performance*; definendo il modello del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, nonché del Piano e della Relazione sulla *Performance*, con conseguente verifica per le amministrazioni centrali ed analisi a campione per gli Enti territoriali; adottando le linee guida per la redazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e per la definizione degli Strumenti per la qualità dei servizi pubblici; stabilendo i requisiti per i componenti dell'Organismo indipendente di valutazione (Oiv); redigendo la graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, in base ad una adeguata attività istruttoria; esercitando il compito di fare proposte al Presidente del Consiglio dei Ministri per l'emanazione delle direttive, aggiornabili annualmente, con riguardo agli standard di qualità, le carte e la qualità dei servizi, la tutela degli utenti, ivi compresa la disciplina dell'indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità; pro-

muovendo iniziative di confronto; sostenendo la sperimentazione in materia di *performance*; predisponendo una relazione annuale su quella delle amministrazioni centrali, debitamente pubblicizzata sul sito; gestendo con il CNIPA (oggi DigitPa) il portale della trasparenza contenente piani e relazioni di *performance* delle amministrazioni pubbliche.

Il tutto è accompagnato da una garanzia di trasparenza, attuata secondo la già vista combinazione del doppio circuito “generale” e “speciale”, perché se “I risultati della Commissione sono pubblici”, cioè aperti a tutti, invece “la disponibilità ... di tutti i dati sui quali la valutazione si basa” è assicurata a “le associazioni di consumatori e utenti e ogni altro osservatore qualificato”, con una scadenza riassuntiva fissa, la trasmissione di “una relazione annuale sulle proprie attività al Ministro per l’attuazione del programma del Governo” (co. 8), secondo un’anticipazione già fatta (co. 1) e qui ribadita senza che si capisca il perché della scelta così enfatizzata di un tale Ministro.

Un carico, questo assegnato alla CiVIT, di tutto rispetto già di per sé; ma ancor di più, se si tiene presente che è condannato a fare i conti con il tallone d’Achille della riforma, la carenza di disponibilità finanziarie. Se è vero che già l’art. 3, co. 6, dichiarava *apertis verbis*, con riguardo al Titolo II, che “Fermo quanto previsto dall’art. 13, dalle disposizioni del presente Titolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”; è altrettanto vero che l’eccezione ivi prevista con riguardo alla CiVIT non pare particolarmente significativa, se valutata in relazione al peso scaricabile sulle spalle. I commi 4 e 13 del nostro art. 13 prevedono: il co. 4, un organico formato da un Segretario generale e da un personale massimo di 30 unità, reperito in altre amministrazioni o assunto a tempo indeterminato, nonché, “nei limiti delle disponibilità di bilancio” uno staff di esperti massimo di 10 unità, impegnato con “contratti di diritto privato di collaborazione autonoma”, se pur potendo avvalersi dell’aiuto dell’Aran e dell’Ispettorato della funzione pubblica; e, rispettivamente, il co. 13, un finanziamento pari a “due milioni di euro per l’anno 2009 e a 8 milioni a decorrere dall’anno 2010”.

A prescindere dalla congruità delle risorse umane e materiali messe a disposizione, resta pur sempre la carenza di una capacità impositiva diretta ed immediata, debitamente ed efficacemente sanzionata, che faccia della CiVIT un qualcosa di più di una agenzia di produzione di una modellistica e modulistica cartacee, *rectius* informatiche, destinate ad essere adottate dalle amministrazioni. Ma appare evidente la relazione fra tale carenza e la mancanza di una vera e propria indipendenza, che sola potrebbe legittimare pienamente l’attribuzione di una potestà punitiva a supporto dell’attività svolta.

Sotto la CiVIT, c’è la rete incentrata sull’Oiv (art. 14): creato presso ogni amministrazione, singolarmente o in forma associata; sostitutivo dei servizi di controllo interno comunque denominati; costituito da un organo monocratico ovvero collegiale, composto da 3 componenti “dotati dei requisiti stabiliti dalla Commissione ... , e di elevata professionalità ed esperienza, maturata nel campo del management, della valutazione della *performance* e della valutazione del personale dell’amministrazione pubblica” e privi delle previste incompatibilità politiche, partitiche, sindacali; nominato dall’organo di indirizzo politico-amministrativo per un triennio, rinnovabile una sola volta (co. 1, 2, 3, 7 e 8).

Qui si ripropone, il problema dell’effettività dell’ “indipendenza” dell’Organismo di valutazione; e lo si ripropone in modo più stringente, perché la procedura di nomina chiama in causa proprio quell’organo di indirizzo politico-amministrativo che presiede l’amministrazione da valutare, se pur con un duplice intervento da parte della CiVIT, di filtro prima, con riguardo ai requisiti richiesti

in astratto, di controllo poi, con rispetto ai nominativi sottoposti in concreto. Sicché alla fine la CiVIT esercita la sua capacità di condizionamento, coll'aver diritto di parola nella formazione dell'Oiv, ancor prima che coll'esercitare la sua competenza di indirizzo e coordinamento; e, cosa rilevante alla distanza, la CiVIT "dura" di più dell'Oiv: si può far parte della prima per ben 12 anni (6+6), del secondo per solo 6 (3+3).

Il compito è notevole, perché detto Organismo deve (co. 4 e 5): monitorare il funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza, integrità dei controlli interni, fornendone una relazione annuale; comunicare tempestivamente le criticità riscontrate ai vertici, alla corte dei conti, all'Ispettorato per la funzione pubblica, alla CiVIT; validare e far pubblicare sul sito dell'amministrazione la Relazione sulla *performance*; garantire una corretta gestione del sistema dei premi; proporre all'organo di indirizzo politico-amministrativo la valutazione annuale e l'attribuzione dei premi con riguardo alla dirigenza; rispondere dell'osservanza delle linee guida e delle direttive della CiVIT; farsi carico del rispetto degli obblighi di trasparenza ed integrità, nonché verificare il conseguimento dei risultati nella promozione delle pari opportunità; curare annualmente indagini sul personale indipendente per conoscerne il livello di benessere organizzativo, il grado di condivisione del sistema di valutazione, il tipo di valutazione del superiore gerarchico, riferendone alla CiVIT. Ma questo non esaurisce l'elenco, perché proprio al successivo Titolo III, Capo I, art. 19, è disciplinato il compito di maggior rilievo, cioè quello di compilare "sulla base dei livelli di *performance* attribuiti ai valutati secondo il sistema di cui al Titolo II ... una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale" (co. 1); di maggior rilievo, ma anche di maggior significato per decifrare la riforma, come si dirà di qui a poco.

Anche a proposito dell'Oiv ritorna il doppio *refrain*: quello costituito da una politica della lesina assai rigida, per cui, come visto, la costituzione dell'Organismo indipendente deve avvenire "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (co. 1), e agli "oneri derivanti dalla costituzione e dal funzionamento" deve provvedersi "nei limiti delle risorse attualmente destinate ai servizi di controllo interno" (co. 11); e, rispettivamente, quello rappresentato da una politica della premialità condizionata dall'osservanza della procedura diretta a garantirne la correttezza, per cui "La validazione della Relazione sulla *performance*", di competenza dell'Organismo indipendente "è condizione inderogabile per l'accesso agli strumenti per premiare il merito di cui al Titolo III".

Il ruolo lasciato all'organo di indirizzo politico-amministrativo è delineato all'art. 15 ("Responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo"): dopo il compito generico di promuovere la "cultura della responsabilità" e di "curare gli indirizzi strategici" (co. 1), è menzionato un duplice obbligo funzionale al meccanismo predisposto, cioè definirne i documenti fondamentali, cioè il Piano e la Relazione del ciclo della *performance*, in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, ed il Programma per la trasparenza e l'integrità.

5. Il Titolo III. La seconda regola aurea, l'incentivazione e la premiazione della *performance*.

Come detto il Titolo II trova il suo completamento nel Titolo III, "Merito e premi", secondo un rapporto che si potrebbe rendere con la formula latina del *simul stabunt, simul cadent*. Il suo Capo I ("Disposizioni generali") si apre con l'art. 17, il quale, dopo averne sintetizzato il contenuto (co. 1) – poi ripreso nel successivo art. 18, co. 1, a conferma del proverbio che la lingua batte dove il dente duole - puntualizza: "Dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo non devono

derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le amministrazioni interessate utilizzano a tali fini le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente". Ma se le parole sono le stesse già utilizzate nell'art. 3, co. 6 a proposito del precedente Titolo II, sì da ribadire la prospettiva di una riforma a costo zero, le ricadute sono diverse: a venire in questione nel Titolo II è il varo del ciclo della *performance*; nel Titolo III il funzionamento del sistema incentivante e premiale. Una bella differenza, non c'è che dire, perché il conto è dato, nel primo caso, da quanto c'è da impegnare per mettere a regime il processo di valutazione presieduto dagli Organismi indipendenti; nel secondo, invece, da quanto c'è da sborsare per rendere significativa il sistema degli incentivi e dei premi.

Pare che, nell'uno e nell'altro caso, si faccia affidamento su un effetto traslativo del costo già sostenuto: quel che si è spende, oggi, per i vecchi servizi di controllo interno, dovrebbe essere sufficiente, domani, per i nuovi Organismi indipendenti; e, a sua volta, quel che si corrisponde al momento o potrebbe corrispondersi col primo accordo collettivo in arrivo come stipendio fisso dovrebbe essere parzialmente convertito in stipendio variabile. Ma se così è, ancora a bocce ferme, il primo auspicio si presenta come fortemente opinabile, visto il prevedibile impegno di uomini e mezzi richiesto per rendere operativa la rete degli Organismi indipendenti; ed il secondo si rivela del tutto illusorio, almeno al presente. Qui, una volta escluso che il rapporto stipendio fisso/variabile possa essere corretto, spostando un certo *quantum* dall'uno all'altro, resta possibile solo un riequilibrio, realizzato sull'auspicabile risparmio della spesa e sul prevedibile incremento collettivo della retribuzione: non un cammino corto, limitato ad un solo accordo di rinnovo, ma lungo, esteso ad un significativo periodo di tempo; e, comunque, ogni cammino, corto o lungo che sia, inizia con un primo passo, passo che oggi come oggi rimane precluso, per il blocco retributivo deciso dal Governo.

L'intento di tenere il sistema incentivante ancorato alla *performance* è espresso in tono deciso, prima in negativo, poi in positivo: così, l'art. 18, co. 2, vieta di distribuire incentivi "in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi", senza la previa valutazione della *performance* cui sono collegati; e il già visto art. 19, co. 1 incarica l'Oiv di tradurre in graduatoria le risultanze di tale valutazione. Il *quomodo* ed il *quantum* di tale graduatoria è stato criticato, anzi ironizzato per il suo eccesso di cerebralismo velleitario, che traspare dalla prevista distribuzione meritocratica del personale e della stessa dirigenza, in tre fasce ("merito alta", "merito intermedia", "merito bassa"), cui attribuire percentuali predeterminate di personale (rispettivamente 25%, 50%, 25%) e di risorse (rispettivamente 50%, 25%, 0). Percentuali, peraltro, passibili di essere ammorbidente dalla contrattazione integrativa con deroghe, limitate per la prima fascia (correzione del 5%, in più o in meno, della percentuale del 25% relativa al personale) e illimitate per la seconda e la terza (ridistribuzione libera fra l'una e l'altra delle percentuali relative al personale e alle risorse)³⁴³; deroghe tenute sotto monitoraggio da parte del Dipartimento della funzione pubblica.

³⁴³ Sul punto si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 742 il quale, mettendo in luce le possibili difficoltà per la contrattazione collettiva di adeguare i propri contenuti alle rigide prescrizioni contenute nel Titolo III del decreto, in materia di "Merito e Premi", si domanda "come avverrà in modo virtuoso il coordinamento fra norme di legge e di contratto collettivo: come, ad esempio, ordinare l'erogazione dei trattamenti accessori da parte dei contratti collettivi con la norma fissata dalla legge che differenzia a priori i livelli di *performance*, prospettando fasce di merito nella collocazione delle valutazioni effettuate, proprio ai fini dell'erogazione del trattamento economico accessorio (art. 19 d.lgs. n. 150/2009)".

L'art. 19 può ben essere equiparato alla cinghia di trasmissione posta fra valutazione della performance e politica incentivante. Ma, così come è stato pensato e scritto, rivela una deformazione estrema della logica aziendale, che risulta di per sé del tutto incompatibile con una predeterminazione della modalità di riparto della retribuzione flessibile gerarchizzata fino alla ghettizzazione e rigida fino alla maniacalità. Quel che traspare sotto la copertura meritocratica è la fondata preoccupazione del perpetuarsi della deriva finanziaria imputabile ad una contrattazione integrativa condotta fino a ieri all'insegna di *todos caballeros*; condotta, con a coprotagonisti un sindacalismo corporativo ed un potere politico-istituzionale quietista, portato a prevaricare il vertice dirigenziale titolato a condurre la trattativa.

Oltre ai classici incentivi retributivi, apprendo il Capo II, l'art. 20 mette a disposizione una ricca dote di "Premi", quali: a) il *bonus* annuale delle eccellenze; b) il premio annuale per l'innovazione; c) le progressioni economiche; d) le progressioni di carriera; e) le attribuzioni di incarichi; f) l'accesso a percorsi di altra formazione (co. 1), tutti, con l'ovvia eccezione di quelli sub d) ed f), "a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa (co. 2). Ora il *bonus* (art. 21: "assegnato alle *performance* eccellenti individuate in non più del 5% del personale dirigenziale e non, collocati nella... fascia alta"), il premio (art. 22, "di valore pari... al bonus...", per ciascun dipendente premiato" ed "assegnato al miglior progetto" innovativo realizzato), l'accesso a percorsi di alta formazione (art. 26: per studio o per lavoro in "primarie istituzioni pubbliche e private, nazionali e internazionali) costituiscono sì strumenti stimolativi della competizione interna, con un significato non solo economico, ma anche simbolico; ma non certo così rilevanti come gli altri, cioè le progressioni economiche (art. 23) e di carriera (art. 24). Quel che divide tali progressioni è la ricezione *in toto* della distinzione, tracciata dalla giurisprudenza costituzionale³⁴⁴ e recepita dalla giurisprudenza ordinaria³⁴⁵, secondo una linea di confine più facile da riconoscere in teoria che in pratica, cioè la configurazione della "promozione" in termini di sola retribuzione o di funzione: fonte, per le prime, è la contrattazione collettiva che definisce la scala stipendiaria; per le seconde, la legge che stabilisce la pianta organica. Quel che, invece, le unisce, se pur con un crescendo, è la rigidità di disciplina, che ridimensiona alquanto o addirittura elimina quella loro utilizzabilità da parte della dirigenza, che ne fa una strumentazione elettiva nella gestione del personale di un'azienda privata: le progressioni economiche "sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai

³⁴⁴ V. Corte Cost. 4 gennaio 1999, n. 1, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 536 con nota di V. TALAMO; Corte Cost. 4 gennaio 2001, n. 2, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 367, con nota di E. GRAGNOLI; Corte Cost. 29 maggio 2002, n. 218, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 289 ss.

³⁴⁵ Com'è noto, Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 910 ss. con nota di L. SGARBI, nel pronunciarsi sulla questione di giurisdizione in materia di progressioni nel pubblico impiego ha distinto le procedure funzionali alla progressione in carriera, assimilate a quelle concorsuali finalizzate alla costituzione *ex novo* del rapporto di lavoro (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo nelle relative controversie), dalle progressioni economiche nell'ambito della medesima area (il cui contenzioso è devoluto al giudice ordinario). In dottrina si v. M. BARBIERI, *Quale giudice per i concorsi interni della pubblica amministrazione?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 28, 4 ss.; F. CARINCI, Errare humanum est, perseverare autem diabolicum, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 201; A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 375 ss.; Id., *La Cassazione muta orientamento sulle procedure di progressione di carriera nel settore pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 143; A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 29; E. GRAGNOLI, *Concorsi riservati e giurisdizione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 372 ss.; M. MISCHIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2010, 177 ss.; M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico. Imparzialità o buon andamento?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 2, 215; sul tema specifico e sulle problematiche connesse al riparto di giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato si rinvia a D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1215 e ss.

risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione" (art. 23, co. 2); mentre le progressioni di carriera sono effettuate, nei limiti dei "posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno" (art. 24, co. 1) (tutto questo ripreso dall'art. 62, co. 1-bis, che interviene sull'art. 52 del d. lgs. n. 165/2001, prevedendo, altresì, che "I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti ... sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali").

In entrambe le progressioni c'è un titolo, qualificato come "prioritario" per le progressioni economiche e "rilevante" per le progressioni di carriera, per chi sia stato parcheggiato nella "fascia alta" per tre annualità consecutive o per cinque anche non consecutive (artt. 23 e 24, comma 3). Per non lasciarsi niente alle spalle, l'attribuzione di incarichi, non meglio precisati, deve avvenire in base alla "professionalità sviluppata e attestata dal sistema di valutazione ... secondo criteri oggettivi e pubblici" (art. 25, co. 2).

Se si deve fare una riforma a costo zero, occorre coltivare la speranza di un risparmio di spesa. E, secondo una tecnica peraltro già collaudata, l'art. 27 disciplina un "Premio di efficienza", per cui "una quota fino al 30 per cento dei risparmi sui costi di funzionamento ... è destinata fino a due terzi, a premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e proficuamente coinvolto e per la parte residua ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa" (co. 1). Peraltro, smaliziato dall'esperienza già fatta, il legislatore vuol essere ben sicuro che questi risparmi ci siano stati, sì da considerarli sussistenti solo se "documentati nella Relazione di *performance*, validati dall'Organismo di valutazione ... dal Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato –" (co. 2).

Non dovrebbe sfuggire neanche un euro con un tale apparato di controllo, che la dice lunga circa la diffidenza nutrita dal legislatore nei confronti delle amministrazioni, qui come altrove; ma c'è sempre il rischio di attivare un circuito vizioso fra diffidenza ed evasione o elusione: la politica fiscale *docet*.

6. Amministrazione statale e non.

Un modello unico ed universale, applicabile appieno alle amministrazioni statali, mentre per gli Enti territoriali³⁴⁶ e per il Servizio Sanitario nazionale solo entro i limiti esplicitamente previsti. Se, però, è chiaro il tentativo di forzare tali limiti, allo scopo di generalizzare il nocciolo duro di quel che si vorrebbe fosse il *continuum* fisiologico fra ciclo e valutazione della *performance*, non lo è altrettanto l'autentico garbuglio normativo destinato a regolare l'ambito dei Titoli II e III, che pare di poter ricondurre alla triplice modalità dell' "applicazione diretta", per "adattamento", per "adeguamento secondo i principi".

Rispetto alle amministrazioni non statali l' "applicazione diretta" integra l'eccezione, qui prevista dal solo art. 16 (Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale) co. 1, a capo delle regioni, degli enti regionali, delle amministrazioni del servizio sanitario nazionale, degli enti locali con riguardo all'art. 1, dove la trasparenza viene considerata livello essenziale a' sensi dell'art.

³⁴⁶ Per un approfondimento in merito si rinvia a G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 9 ss.; ID. *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 5, 484 ss.; R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "riforma Brunetta"*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2009, 01, 1 ss.

117, co. 2, lett. m, Cost.(co. 1) ma, poi affidata all'obbligo generale e generico di garantire "la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della *performance*" (co. 3). Ma, poi, al Titolo V (Norme finali e transitorie), art. 74 (Ambito di applicazione), co. 1 si fa rientrare "nella potestà esclusiva esercitata dallo Stato..." non solo l'art. 11, co. 1 e 3, ma anche gli artt. 28 (Qualità dei servizi pubblici), 29 (Inderogabilità), 30 (Norme transitorie), peraltro senza che risulti ben chiare la rilevanza di questi ultimi articoli per le amministrazioni extra-statali.

L' "applicazione per adattamento" configura una specie di modalità intermedia, attuata con le previsioni di varianti: l'art. 13 prevede che, tramite intesa fra Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Anci, Upi, CiVIT siano definiti i protocolli di collaborazione per lo svolgimento dei compiti propri della stessa CiVIT (co. 3); l'art. 27 stabilisce che le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale possano utilizzare i risparmi resisi disponibili per il premio di efficienza a' sensi del co. 1, solo se "documentati nella relazione di *performance* e validati dal proprio organismo di valutazione" (co. 3); l'art. 31 (Norme finali, transitorie e abrogazioni), prescrive per le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale, gli enti locali che le fasce di merito siano almeno tre, con l'attribuzione al personale dipendente e dirigente collocato nella fascia alta della quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico collegato alla *performance* individuale (co. 2) e che utilizzino la tipologia di "premi" di cui all'art. 20, recependoli (progressioni economiche, progressioni di carriera, attribuzioni di incarichi, accesso a percorsi di alta formazione) o adattandoli ai loro ordinamenti (bonus e premio annuali), nonché riconoscendo quelli economici (bonus e premio annuale, progressioni economiche, attribuzione di incarichi) "a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva" (co. 3).

L' "applicazione per adeguamento secondo i principi" rappresenta la regola: l'art. 16, co. 2 la prescrive - con riguardo al Titolo II - alle regioni e agli enti locali, relativamente ai principi ricavabili dagli artt. 3, "Principi generali", 4, ("Ciclo di gestione della *performance*"), 5, co. 2 ("Obiettivi e indicatori"), 7 ("Sistema di misurazione e valutazione della *performance*"), 9 ("Ambiti di misurazione e valutazione della *performance*"), 15, co. 1 ("Responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo"). Ed, a su volta, l'art. 31, co. 1 ("Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale") la sancisce - con rispetto al Titolo III- per le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale, limitatamente ai principi deducibili dagli artt. 17, co. 2 ("Oggetto e finalità"), 18 ("Criteri e modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della *performance*"), 23, co. 1 e 2 ("Progressioni economiche"), 24, co. 1 e 2 ("Progressioni di carriera"), 25 ("Attribuzioni di incarichi e responsabilità"), 26 ("Accesso a percorsi di alta formazione"), 27, co. 1 ("Premio di efficienza). Il che trova puntuale conferma nell'art. 74, co. 2 che qualifica tutti gli articoli sopra citati "come norme di diretta attuazione dell'art. 97 della Costituzione" e, come tali, principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza".

Una formula, quest'ultima, ormai collaudata, ma che resta pur sempre di difficile decifrazione allorché i disposti elevati a principi siano correlati ad altri non richiamati, sì da risultare monchi; o, come spesso avviene, sono dettagliati, sì da riuscire poco o molto inidonei a servire da principi cui adeguarsi. Ma, qui più che mai, il legislatore coniuga fretta e paura dell'incompletezza, cioè di lasciarsi qualcosa alle spalle; e, si sa, la gatta frettolosa fa i gattini ciechi.

Lasciando al prosieguo il problema dello scadenzario dettato per l'entrata in vigore, quanto mai confuso, sì da essere divenuto caldissimo nel primo profluvio giurisprudenziale, c'è da fare un

cenno a quell'art. 29, Capo III, Titolo III, già citato, che qualifica il contenuto dello stesso Titolo III come imperativo, sì da rivestire valore inderogabile *vis-à-vis* del contratto collettivo, con conseguente suo inserimento di diritto *ex artt. 1339 e 1419 c.c.*³⁴⁷, fermo restando, peraltro, per le amministrazioni territoriali, quanto sancito dal già visto art. 31 per le amministrazioni non statali. Niente di nuovo sotto al cielo, anche se quanto s'è scritto e praticato nel lungo periodo di tempo ormai alle spalle, ha creato più di un dubbio sulla effettiva meccanica giuridica e sulla concreta capacità dissuasiva dell'istituto in parola. Casomai ci sarebbe da domandarsi perché non c'è un articolo corrispondente per il Titolo II, ma la risposta appare fin troppo facile: la materia di cui al Titolo II, a differenza di quella di cui al Titolo III, è di per sé stessa sottratta alla contrattazione collettiva, per la ridistribuzione delle competenze fra quest'ultima e la legge.

7. Una struttura parallela generale e sovra-ordinata.

Alla luce del quadro ricostruttivo qui offerto della prima parte del decreto delegato (Titoli I, II e III) è possibile intravvedere quel che ne costituisce il "supporto strutturale e funzionale": il varo di un vero e proprio sistema "Ministro della funzione pubblica/CiVIT/Organismi indipendenti", parallelo a quello costituito da "Organo di indirizzo di indirizzo politico-amministrativo/direttori/dipendenti", con un condizionamento procedurale e sostanziale del primo sul secondo.

Quello di preconstituire un sistema parallelo, per ovviare al *deficit* di *governance* di un apparato pubblico, non è un fenomeno nuovo, anche se non di rado inquinato dal fine meno nobile di preconstituire un nuovo centro di potere. Qui, però, il sistema parallelo non è, *more solito*, particolare, ma generale, non esautora, ma guida e controlla quello preesistente. Il che finisce per ridimensionare ulteriormente la enfatizzata adozione di una realtà modellata a misura d'azienda: questa, comunque la si declini, non può trovare la sua anima e la sua identità calate e condizionate "dall'alto" e "dal di fuori", secondo modi e tempi scanditi con burocratica precisione, con in vista quella sorta di araba fenice dell'amministrazione pubblica rappresentata dall'efficienza.

Ieri, questa finalità era affidata ad una dirigenza autonoma e responsabile, con un'area di manovra gestionale aperta ed esposta ad una controparte sindacale, cui era accreditata la capacità di coniugarla con una crescita professionale e retributiva. Era – voce dell'imperfetto, tempo del passato- perché dura è stata la smentita dei fatti, con una conseguente reazione a carico della negoziazione integrativa: sia da parte del Governo, promotore di una legislazione *ad hoc* di contenimento e di controllo, peraltro congiunturale e di per sé scarsamente effettiva; sia da parte della Corte dei conti, autrice di una nuova responsabilità erariale, quella da contrattazione collettiva³⁴⁸. Oggi, è affidata ad una dirigenza meno autonoma e più responsabilizzata, con un'area di manovra gestionale chiusa e difesa rispetto ad una controparte sindacale, cui è addebitata una involuzione corporativa e lassista.

Il che costituisce un congedo dalla prima parte del decreto legislativo in esame ed un primo appuccio alla seconda, quel Titolo IV, che novella il d. lgs. n. 165/2001, con un ben preciso convinimento, cioè di un *continuum* di spirito e di progetto fra l'una e l'altra, se pur senza un solido e

³⁴⁷ Sulla tematica si veda ampiamente F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 3, 653 ss.

³⁴⁸ Al riguardo *ex multis* C. Conti, sez. Lombardia, 8 luglio 2008, n. 457, in www.corteconti.it; C. Conti, sezione giurisd. per la regione Trentino Alto Adige, sez. Trento, 12 febbraio 2007, n. 6, *ibid.*; C. Conti, sez. Lombardia, 14 giugno 2006, n. 472, in *Risorse Umane nella P.A.*, 2007, 2, 179 ss.

coerente impianto sistematico.

III. La riforma del d.lgs. n. 165/2001.

8. Il Titolo IV. La rilegificazione: la nuova *actio finium regundorum* fra legge e contrattazione collettiva e la blindatura *ex lege* dei *managerial rights* (Capo I).

In apertura, c’è da offrire una spiegazione del perché l’attenzione dedicata alla prima parte del decreto sia stata più analitica di quella rivolta alla seconda, anche se la differenza non si riflette nella rispettiva lunghezza in termini di pagine, data la diversa mole normativa dell’una e dell’altra. Certo gioca l’opportunità di rispettare una data economia complessiva, ma questa di per sé non giustificherebbe la sproporzione; gioca una scelta, discrezionale ma non arbitraria, di privilegiare la parte considerata più innovativa *ratione materiae* e più significativa per cogliere quella filosofia e tecnica della riforma che hanno guidato la mano del legislatore delegato nel novellare il d. lgs. n.165/2001. D’altronde può dirsi che proprio i Titoli II e III di cui s’è trattato fin’ora sono quelli anticipati più all’ingrosso, nella legge delega, mentre il Titolo IV lo è con maggior dettaglio, non fosse altro perché finalizzato ad aggiornare un testo già articolato e definito compiutamente, di per sé tale da richiedere innesti a misura.

A questo punto, non resta che individuare e delineare le linee portanti del nostro Titolo IV, per vedere in quali modi e termini siano conformi alle premesse delineate nei Titoli precedenti, senza andare troppo oltre, perché questo significherebbe affrontare un lungo e faticoso travaglio ermeneutico, condotto novella per novella, per capirne fino in fondo significato ed impatto sulla stesura originaria.

Il Capo I del Titolo IV ha un’intitolazione che riecheggia sì quella dei Capi dei Titoli precedenti, ma che, soprattutto, suona la stessa del Titolo I del d.lgs. n. 165/2001, di cui ritocca gli articoli chiave dell’intera riforma. L’art. 32 ne introduce l’oggetto, “la ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché sulla base di questa, ad atti organizzativi e all’autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane e quello oggetto della contrattazione collettiva”; mentre gli artt. 33 e 34 modificano gli artt. 2 e 3 del c.d. testo unico. Niente di nuovo nell’individuazione dello snodo principale, perché, come detto all’inizio, questo è stato sempre costituito dal rapporto fra legge e contrattazione collettiva³⁴⁹, preliminare e funzionale allo spazio di manovra da

³⁴⁹ In generale, sulla disciplina delle fonti nel rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si v. M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva*, in F. CARINCI, M. D’ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 1227 ss.; F. CARINCI, *Contratto e rapporto di lavoro individuale*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, 653; Id., *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (Dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, Giuffrè, Milano, 1997, XIX ss.; Id., *Una riforma in itinere: la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in AA. VV., *Studi in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, 165 ss.; Id., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Arg. Dir. Lav., 2000, 36; Id., *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 86/2009 e pubblicato in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2009, 2; Id., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 961; M. D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in Arg. Dir. lav., 1997, 4, 35 ss.; C. D’ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, M. D’ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 89 ss.; E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell’Aran*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 993 ss.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, 245 e ss.; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI,

riconoscere alla dirigenza; di nuovo, ma solo nel senso di un ulteriore e significativo colpo di acceleratore, c'è lo spostamento a valle del confine, con un esproprio *a pro* della legge di terreno prima occupato dalla contrattazione collettiva; e di nuovo c'è altresì che il terreno così recuperato viene sì picchettato a favore della dirigenza, ma anche vincolato ad un utilizzo avente a scopo primario quel risparmio di spesa e quell'incremento di efficienza per cui e su cui è stato costruito e collaudato il meccanismo della valutazione della *performance*.

Lo spostamento del baricentro a favore della legge è solo parzialmente evidente nel nuovo testo dell'art. 2 d.lgs. n. 165/2001. Già l'art. 1 della legge delega n. 15/2009 ne aveva riscritto il secondo periodo del comma 2³⁵⁰, per limitare l'effetto disapplicativo di un accordo nei confronti di un provvedimento legislativo (ma anche regolamentare e statutario!) intervenuto nell'ambito riservato al negoziato collettivo, al solo caso che un tale effetto fosse esplicitamente autorizzato nello stesso provvedimento³⁵¹: un controsenso logico e pratico al tempo stesso. E, ora, l'art. 33 del d.lgs. n.150/2009 integra quello stesso comma 2, qualificando come imperativo l'intero contenuto del d. lgs. n. 165/2001; e lo fa seguire da un comma 3-*bis*, con la previsione - un po' mitizzata, vista l'insistenza con cui è riproposta - della nullità e conseguente sostituzione della clausola contrattuale difforme *ex artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c.*³⁵².

Niente di che, trattandosi di un qualcosa deducibile anche prima³⁵³. Ma, poi, sempre l'art. 33 riprende e rivede il comma 3 dell'art. 2. *Nel riprenderlo*, mantiene inalterato il rinvio per cui "i contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e secondo le modalità previste nel Titolo III", sicché, per cogliere lo spostamento del pendolo occorre prendere atto di *quanto mutatum ab illo* sia quel Titolo, a cominciare dall'art. 54, che modifica l'art. 40, co. 1, coll'introduvrvi una formula composta - da una "nuova" definizione inclusiva e da una "vecchia" elencazione esclusiva richiamata in servizio - capace di ridimensionare alquanto l'area copribile dalla contrattazione collettiva (*macro* riparto tra legge e contrattazione collettiva). *Nel rivederlo e correggerlo*, ribadisce che solo i contratti collettivi possono farsi carico del trattamento economico, ma introducendo significative eccezioni, quali quelle disciplinate dagli artt. 54 e 59, con corrispondenti inserzioni del co. 3-

Sub art. 2. commi 2 e 3, d.lgs. n. 29 del 1993, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo delle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, 1071 ss.; L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2003, I, 751 ss.; Id., *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993; Id. *La riforma del lavoro pubblico dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del pubblico impiego*, cit., 1 ss.; Id., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 15 ss.

³⁵⁰ Per effetto della nuova norma, dunque, "è l'inderogabilità [della legge da parte della contrattazione collettiva - *n.d.r.*] ad essere presunta senza alcuna necessità di una menzione espressa, mentre la derogabilità deve essere dichiarata" così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 961.

³⁵¹ "Vanificando in buona misura la delegificazione sistematica perseguita con la riforma degli anni '90, che aveva un importante significato proprio per ridurre l'incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico" così L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 29.

³⁵² Si v. al riguardo la lettura delle norme in questione offerta da G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, cit., 8-9, il quale prospetta la possibilità che "la nullità di una clausola si traduca non nella sostituzione *ex lege* con un'altra clausola, ma con una clausola "in bianco", da riempire con una decisione dell'amministrazione o, addirittura, da contrattare con i sindacati".

³⁵³ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 30, il quale rileva che tale "caratterizzazione imperativa...era già desumibile dall'impianto e dalle finalità della normativa".

ter dell'art. 40 e dell'art. 47-bis (facoltà dell'amministrazione di procedere unilateralmente a concessioni retributive), nonché del co. 3-quater dello stesso art. 40 (rilevanza contrattuale della graduatoria sulla *performance* delle amministrazioni redatta dalla CiVIT).

Un terreno espropriato alla contrattazione collettiva, ma a beneficio di chi? Ce lo dice a chiare lettere l'art. 34 del d.lgs. n. 150/2009, intervenendo a modificare l'altro pilastro della riforma, l'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001, che ora recita: “Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9. Rientrano in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici” (*micro* riparto tra legge e contrattazione collettiva). E, a sua volta, l'art. 36, riscrive l'art. 9 sulla partecipazione sindacale³⁵⁴, affermando che “Fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione”.

Non c'è che dire, è una formula semplice, data solo da una definizione inclusiva, ma al pari di quella composita di cui sopra, dotata di una grande potenzialità. Certo di segno opposto, perché mentre nel comma primo dell'art. 40, co. 1 la formula viene vista in funzione restrittiva della “libertà” concessa alla contrattazione collettiva, nel comma dell'art. 5, la formula viene vissuta in funzione estensiva della “autonomia decisionale” della dirigenza. Ma di effetto convergente, perché alla fin dei conti è sempre la contrattazione collettiva a farne le spese, sia che si limiti la piattaforma delle tematiche trattabili al duplice livello, nazionale e decentrato; sia che si ampli l'agenda delle materie riservate alla gestione manageriale.

Naturalmente, vista la voluta ambiguità delle formule prescelte³⁵⁵, la loro interpretazione resta aperta, con l'ultima parola affidata ad una giurisprudenza che richiederà tempo per consolidarsi. Non ci si vuol qui avventurare in un *actio finium regundorum* fra le diverse competenze, con la verifica della perdurante attualità della distinzione fra *macro* e *micro*-organizzazione, trattenuta la prima sotto il diritto pubblico e consegnata la seconda al diritto privato³⁵⁶. Senza far questo, che risulterebbe un fuor d'opera, pare possibile riscontrare qui quel *trend* rilevato all'inizio, cioè di una privatizzazione che lunghi dal risolversi e dissolversi nella contrattazione collettiva, la delimita e la confina in un'area più ristretta rispetto a quella precedente. La lettera dell'art. 5, co. 1 non potrebbe essere più chiara: mentre ribadisce la natura privata della capacità e dei poteri dirigenziali in materia di organizzazione degli uffici e gestione dei rapporti di lavoro, sottrae tale

³⁵⁴ Sulla “partecipazione sindacale” v. M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 46 ss.; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 2, 281 ss. che affronta la materia nell'ambito delle questioni di diritto transitorio create dalla riforma. L. FIORILLO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: informazione, consultazione, partecipazione*, in *Lav. Dir.*, 1996; M. RUSCIANO, *Lo statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *Lav. Dir.*, 2010, 101 ss.; A. VISCOMI, *La partecipazione sindacale*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 547.

³⁵⁵ Dello stesso avviso L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 33.

³⁵⁶ Sulla nota distinzione tra *macro* e *micro* organizzazione si rinvia a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, cit., 1066 ss.; Id. *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, IT – 54/2007, 110 ss. ma si veda la puntuale disamina di C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

materia, comunque la si intenda, alla contrattazione collettiva. Ma – qui sta l’ulteriore domanda - quanta è ampia ed autentica questa discrezionalità dirigenziale, destinata a muoversi nella cornice predeterminata dalla legge e dalla contrattazione collettiva legittimamente svolta a livello nazionale e decentrato?

9. Contrattazione collettiva: patologia e terapia (Capo IV)

Quest’ultima domanda riesce largamente retorica, perché, a quanto detto nella prima parte, la cornice predeterminata alla discrezionalità decisionale della dirigenza è alquanto stretta e rigida, con la contestuale precisazione che lo è in forza di una legge resa invasiva, non di una contrattazione collettiva di molto ridimensionata. Se si seguisse il corso del d.lgs. n. 150/2009 – che, per assolvere il suo compito modificativo ed integrativo del d.lgs. n. 165/2001, lo ricalca passo a passo - a venir prima, come Capo II del Titolo IV, sarebbe proprio la “Dirigenza pubblica”; ma, con una licenza suggerita dalla logica interna del discorso, si preferisce saltare al Capo IV, “Contrattazione collettiva nazionale e integrativa”, per, poi, ritornare al Capo II.

Il Capo IV del Titolo IV affronta l’area di maggior sofferenza, facendosi carico di una problematica complessa, della quale la saldatura fra valutazione/ incentivazione della *performance* e contrattazione collettiva appare costituire la parte più innovativa, ma non certo l’unica.

Sia chiaro, nella misura in cui tale problematica si esprime in una ingovernabilità della contrattazione collettiva, non è figlia della privatizzazione, ma della peculiarità della pubblica amministrazione, quale data da una realtà, preposta ad un’attività strategica, protetta all’ “interno” da una accentuata formalizzazione e verso l’ “esterno” da un’esclusività monopolistica, segnata da una forte sindacalizzazione ad elevata carica corporativa. La riforma è stata all’altezza dell’aspettativa suscitata nel corso del decennio ‘90, lo stesso del suo faticoso travaglio, per perdere gradatamente colpi nel periodo successivo; e non è certo da poco il fatto che quello si sia rivelato il decennio d’oro del Protocollo del ’93, peraltro ormai chiusosi da tempo. Del che pare esser stato pienamente consapevole il legislatore delegato che - giusto o sbagliato che sia - si è preoccupato di assumere a referente il “sostituto” del Protocollo, quale offerto dall’accordo del 22 gennaio 2009: così l’art. 53, apre il Capo IV, manifestando l’intento di rivedere il sistema “in coerenza con il modello contrattuale sottoscritto dalle parti sociali”³⁵⁷; e, a sua volta, il già citato art. 54, modificativo dell’art. 40, ribadisce quanto detto già precedentemente, cioè di una contrattazione collettiva che disciplina la struttura contrattuale “in coerenza col settore privato”, ma coll’occhio rivolto al nuovo modello, tanto da aggiungere subito, “La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica” e, nello stesso spirito, da ridurre ad un massimo di quattro i comparti e le aree della dirigenza.

A fronte di quella crescente deriva contrattuale che è venuta caratterizzando il primo decennio del 2000, la reazione di un Governo costretto a praticare la politica della lesina, fosse di destra o di sinistra, è stata quella di contenerla tramite una stretta sul personale, attuata sia con blocchi del *turn-over* e con riduzione dell’organico³⁵⁸, se pur con la contropartita di una generosa politica spinta di stabilizzazioni; sia con interventi sulla contrattazione integrativa, con riguardo ai mezzi

³⁵⁷ Si rinvia a F. CARINCI, *Una dichiarazione d’intenti: l’Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, cit.

³⁵⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 949.

finanziari disponibili, ai criteri di riparto dei fondi unici, ai controlli. Con un risultato, però, inferiore all’attesa che, almeno per quanto riguarda la contrattazione integrativa, era da imputarsi ad un difetto di diagnosi, di per sé tale da rendere non congrua la terapia. Per accorgersi che la sofferenza dipendeva da una più complessa e profonda involuzione patologica dello sistema, sarebbe bastato tenere ben presenti le Relazioni della Corte dei Conti³⁵⁹: c’è certo da scontare una singolarità ineliminabile, quella data dalla predeterminazione pubblica delle disponibilità utilizzabili ad ogni tornata contrattuale; ma a far la differenza non è la predeterminazione in sé e per sé, ma la modalità con cui prende forma, sì da risultare contorta, faticosa, dilatata al di là di ogni prevedibile e tollerabile scadenza, prima e a prescindere dalla complessa procedura negoziale prevista dal d.lgs. n. 165/2001.

Secondo la prassi consolidata, le disponibilità su cui poter contare sono materia di una trattativa fra il Governo e le Confederazioni, che procede da una notevole divergenza iniziale, ammortizzata strada facendo, secondo una sequenza tipica: una finanziaria scritta al risparmio; una dura contestazione sindacale; una misura correttiva al rialzo; una ripartenza fuori tempo massimo della contrattazione nazionale. La ricaduta su un sistema articolato su un duplice livello, nazionale (di difesa del potere di acquisto dello stipendio fisso) e decentrato (di promozione dell’incremento dello stipendio variabile) è tale da destabilizzarlo nel profondo: i rinnovi economici biennali si inseguono e sovrappongono, scaricandosi sullo stesso esercizio finanziario, così da provocare un forte impatto cumulativo sui costi.

Non solo, perché, la trattativa Governo-sindacati non si accontenta di individuare le disponibilità complessive, ma approda, prima o poi, ad una ripartizione interna delle stesse, con una netta prevalenza data a quelle destinate alla componente fissa della retribuzione gestita dalla contrattazione nazionale, sì da lasciarne ben poche alla componente variabile rimessa alla contrattazione collettiva integrativa, eccezione fatta per chi sia in grado di metterci del suo, come le Regioni. Ma se, nella perdurante *querelle* circa la predeterminazione delle risorse, la contrattazione nazionale resta al palo, la contrattazione integrativa continua macinare con indubbia spregiudicatezza: privilegia la componente fissa, che, poi, andrà a far lievitare la base di calcolo della stessa contrattazione nazionale ancora *in progress*, falsandone così la dinamica; manipola i fondi precostituiti per la componente variabile; utilizza le promozioni in funzione retributiva.

A stare alla Corte dei conti, sul banco come imputato dovrebbe sedere questa travagliata trattativa “ufficiosa”, a monte, che ha certo contribuito a delegittimare una controparte “ufficiale”, quale l’Aran, già debole di per sé, nonché, a cascata, le delegazioni trattanti delle singole amministrazioni, favorendo la deriva di una contrattazione, che - fatta forte della ampia definizione di campo offerta dalla legislazione vigente, “tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali” - è venuta a oltrepassare limiti ed ambiti fissati alle sue competenze, al centro, ma soprattutto in periferia³⁶⁰. Solo che quell’imputato della trattativa “ufficiosa” non è a disposizione del legislatore delegato, che è un Ministro della funzione pubblica tenuto al guinzaglio dal

³⁵⁹ V. in particolare Corte dei conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico negli anni 2003, 2004 e 2005*, Roma, 3 maggio 2007, delibera n. 7, *Relazione 2009 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 4 maggio 2009, delibera n. 11 e *Relazione 2010 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 3 maggio 2009, delibera n. 12 in www.corteconti.it

³⁶⁰ Come è stato unanimemente rilevato in dottrina: T. TREU, *Le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Dir.*, 2007,

Ministro del tesoro, come ben rende l'ossessivo richiamo ad una riforma a costo zero; sicché non rimane che prescindere dalla trattativa "ufficiosa", per concentrarsi su quella "ufficiale": si parte proprio dal riparto orizzontale, fra legge e contrattazione collettiva; per subito precipitarsi su quello verticale fra contrattazione nazionale ed integrativa, facendo di quest'ultima la vera e propria sorvegliata speciale³⁶¹.

Come visto l'art. 54 ripropone in testa al nuovo art. 40³⁶², quella formula composita di definizione inclusiva e di elencazione esclusiva, intesa ridimensionare la presa della contrattazione collettiva. La definizione inclusiva, "determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali", trae la sua potenzialità riduttiva dalla traduzione della competenza in termini di sole specifiche posizioni attive e passive costituenti dote imputabile direttamente al rapporto; mentre l'elencazione inclusiva, che la segue dapprima, gradua la sua forza esclusiva in assoluta e relativa: *assoluta* - senza se e senza ma - per le materie attinenti all' "organizzazione degli uffici, ... oggetto di partecipazione sindacale ... , ... afferenti alle prerogative dirigenziali ... , ... conferimento e ... revoca degli incarichi dirigenziali", nonché, con un richiamo in servizio, che ne prova la sopravvivenza a tutt'oggi, le materie "di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421"³⁶³; *relativa* - entro il se ed il ma fissatele dalla legge - "Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche ... ".

2, 285 ss.; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 29 ritiene che "la contrattazione collettiva abbia rotto profondamente gli argini formali e sostanziali soprattutto a livello decentrato"; v., altresì, M. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni*, in A. TURSI e E. PERITI (a cura di), *Lavoro, cambiamento organizzativo e contrattazione collettiva nelle università*, il Mulino, Bologna, 2008, 33 ss.

³⁶¹ Per una puntuale ricostruzione v. V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate*. *Ratio di una riforma*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 110/2010.

³⁶² In generale, sul nuovo sistema della contrattazione collettiva così come delineato dalla riforma del 2009 v. U. CARABELLI, *Legge, contrattazione collettiva e limiti funzionali della contrattazione integrativa: qualche riflessione sulla riforma Brunetta*, in corso di pubblicazione, in *Risorse Um.*, 2011, 1; F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, cit.; Id., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, cit.; G. D'AURIA, *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 5 ss.; G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 61 ss.; M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, *Dir. Lav. Mer.*, 2009, 3, 553; V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 497 ss.; Id., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010; Id., *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 90/2009; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 15 ss.; Id., *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, n. 4-5, 2009; Id., *La contrattazione collettiva dopo la legge delega*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2009; Id., *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma. "meritocratica" del lavoro pubblico*, in *Le istituz. del Feder.*, 2009, 5-6, 663 ss.

³⁶³ Si rinvia a F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, cit., 966, ove si è ribadita l'idea già sostenuta a suo tempo secondo cui non c'è mai stata, neppure implicitamente, l'abrogazione delle cosiddette "sette materie" ad opera del legislatore della seconda privatizzazione; nello stesso senso C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 173 ss.; Contra M. G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 3-4, 511 ss. il quale rinvie l'autorizzazione all'abrogazione dell'elenco delle sette materie nell'art. 4, comma 11, lett. a) della legge delega 59 del 1997 che detta, tra i criteri cui il legislatore delegato deve attenersi, quello di "completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato" e M. BARBIERI, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: un modello per tutti?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 2, 407, secondo cui l'espunzione dal nuovo art. 45 del d.lgs. 29/93, come novellato durante la seconda fase della privatizzazione, confermerebbe la tesi della estraneità delle stesse materie al rapporto di lavoro.

Niente male, - non c'è che dire – quanto a riduzione quantitativa e qualitativa dell'area di manovra della contrattazione collettiva; riduzione che, per di più, già a prima lettura, rivela una indubbia capacità espansiva per la concorrenza cumulativa di ipotesi generiche, individuate *per relationem*, problematiche. Facendo anche ora carico ad altri della faticosa ricerca del nuovo *ubi consistam* nel riparto di competenza fra legge e contrattazione, che – deve essere ribadito - non corrisponde affatto a quello, fra area pubblicistica ed area privatistica, risultando quest'ultima oggi ancor più ampia di ieri rispetto a quella attribuita alla contrattazione³⁶⁴, c'è da completare il quadro con la disciplina dettata per la parte economica della contrattazione integrativa. Qui, infatti, è ben visibile, la saldatura fra la prima parte (Titolo II e III) e la seconda (Titolo IV) del d.lgs. n. 150/2009, attuata all'interno di una rigida disciplina di vincoli e di controlli³⁶⁵.

Seguendo sempre l'art. 54 nel suo percorso modificativo dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, ci si imbatte in un passaggio che, a suo tempo, fu visto come un semaforo verde alla contrattazione integrativa: pur nell'ambito di un sistema contrattuale fortemente centralizzato e gerarchico, che ne definisce tempi, oggetti e limiti, le pubbliche amministrazioni "attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva". Ma "attivano", non vuol più significare, se mai lo ha fatto, che le amministrazioni devono non solo trattare, ma anche concludere, a costo di non poter procedere oltre: infatti, in caso di stallo, recuperano la libertà d'iniziativa, fino al punto evidenziato al nuovo co. 3-ter: "Al fine di assicurare la continuità e il miglior svolgimento della funzione pubblica, l'amministrazione interessata, può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione". E, a sua volta, "*autonomi*" è un aggettivo qualificativo che attribuito ai livelli decentrati, così come escono dal lavoro di aggiornamento compiuto del decreto n. 150/2009, appare, a dir poco, eccessivo, specie con riguardo a quell'autentico *punctum dolens* costituito dal trattamento stipendiale. La regola aurea della contrattazione integrativa è chiara e netta: espressa in maniera di farla apparire continuista rispetto ad un passato che la costruiva come impossibilità di erogare "trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese" (art. 7, co. 5, d. lgs. n. 165/2001, qui richiamato nel suo testo rimasto identico); ma, al tempo stesso, innovativa con riguardo ad un futuro che la configura *ex novo* come relazione virtuosa fra incentivazione de "l'impegno e la qualità della performance" - con destinazione della quota prevalente della retribuzione accessoria a quella individuale - ed assicurazione di "livelli adeguati di efficienza e produttività nei servizi pubblici"³⁶⁶.

Il che precede l'innesto del complesso meccanismo di cui ai Titoli II e III dello stesso decreto n. 150/2009, attuato tramite richiamo di quel che ne costituisce lo snodo fondamentale: la formu-

³⁶⁴ È già stato notato come "la contrattualizzazione regredisce, sì da liberare un'ampia zona privatizzata ma non contrattualizzata, riaffidata alla legge", così F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 455.

³⁶⁵ Si rinvia, in particolare, a A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 107/2010; G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., 61 ss.; V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 96/2010; A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., 41 ss.

³⁶⁶ Sulla finalizzazione delle risorse e, più genericamente, della contrattazione integrativa si rinvia a S. MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli Enti Locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss.

lazione annuale di “una graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali ... su almeno tre livelli di merito ...”, da parte della CiVIT, cui dovrà attenersi la contrattazione nazionale nel definire “le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito”. E la stessa contrattazione nazionale dovrà farsi carico dell’utilizzo di quelle risorse intese a premiare la *performance*, che siano a ciò appositamente riservate dalla contrattazione nazionale a favore di quella integrativa condotta dalle singole amministrazioni; fermo restando che le Regioni potranno metterne di tasca propria altre, sempreché – *repetita iuvant* – rispettose dei principi dettati in materia di misurazione e valutazione della *performance*.

Domina la scena la già sperimentata ghigliottina di una nullità della contrattazione integrativa fuori dei limiti *ex lege* o *ex contractu*: qui accompagnata non solo dalla rinnovata chiamata in causa di una sostituzione automatica a’ sensi degli artt. 1339 1419, co. 2 c.c.³⁶⁷; ma anche dalla “sanzione” del recupero delle somme corrisposte a torto, peraltro solo dopo l’accertamento effettuato da chi di dovere, secondo quanto stabilito non solo in questo art. 54, ma anche, per richiamo, in quello successivo, l’art. 55: il vero deterrente è dato dal fatto che tale recupero deve essere effettuato “nell’ambito della sessione negoziale successiva”³⁶⁸. Ma, ad evitare di far la figura delle classiche gridate di manzoniana memoria, il successivo art. 55, intervenendo a sostituire l’art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, recupera e rinforza tutta una sofisticata strumentazione, con quel tocco peculiare di novità dato dalla trasparenza: flussi di informazione, controllo preventivi e successivi alla sottoscrizione dei contratti integrativi, pubblicazioni sui siti dei testi, accompagnati dai giudizi degli utenti circa i conseguenti impatti sul funzionamento dei servizi pubblici.

Solo che bisogna chiudere il cerchio, perché se si vigila per sanzionare la mancata osservanza dei vincoli finanziari, necessità domanda che si debba anche sanzionare la omessa o difettosa attività dei controlli, tant’è che il nostro art. 55, *alias* riscritto art. 40, prevede, per il caso di una mancanza di rispetto, il “divieto alle amministrazioni di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione collettiva”.

Solo dopo essersi messo alle spalle la sua autentica “bestia nera”, la contrattazione integrativa, con la speranza di averla addomesticata alla parte assegnatale da sempre, cioè di correlare prestazione e retribuzione variabile, mai assolta in passato, ma ora riscritta in una logica aziendale e blindata; solo ora, il legislatore delegato passa alla contrattazione nazionale, dedicandovi gli artt. 56, 57, 58, 59, 60 e 61. Secondo quel *self-restraint* che ci siamo imposti in questa seconda parte, non ripercorremo passo a passo il cammino tracciato *ex novo*, ma cercheremo di cogliere quanto serva ad ammortizzare la ricaduta negativa della defatigante e dilatoria trattativa Governo-sindacati, per via di una “razionalizzazione” che rilegittimi l’Aran, fluidifichi la procedura

³⁶⁷ Secondo un meccanismo già ritenuto pacifico nella giurisprudenza di legittimità per cui v. Cass. 2 maggio 2007, n. 10099, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 5 e di merito v. Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2005, in *Giur. Mer.*, 2005, 2785; Trib. Bologna, 6 maggio 2004, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 167. In dottrina, si rinvia a F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, cit., 671 ss.

³⁶⁸ Si ritiene che attraverso tale disposizione - che ricalca, peraltro, quella contenuta nell’art. 67, comma 10, d.l. n. 112 del 2008- il legislatore voglia responsabilizzare i diversi attori del processo, favorendo il recupero delle somme spese in modo scorretto ed assicurando la trasparenza dell’operato della contrattazione anche in sede decentrata, v. G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 81.

contrattuale, eviti o almeno attenui la paralisi contrattuale conseguente ad una situazione di stallo.

Gli artt. 56 e 58, a sostituzione totale e rispettivamente parziale degli art. 41 e 46 del d.lgs. n. 165/2001, riguarda proprio l'Aran, l'agenzia dotata di rappresentanza legale di tutte le pubbliche amministrazioni soggette alla riforma. Era nata con l'ambizione di essere la genuina contro-parte datoriale³⁶⁹, come tale dotata dell'autonomia necessaria ad assicurarle la *governance* unitaria ed omogenea della contrattazione nazionale. Ha finito per essere ed apparire sede di un'attività di ricezione di decisioni assunte altrove, in un faccia a faccia Governo-sindacati prolungata, oltre la trattativa pre-contrattuale, alla stessa contrattazione; ed ad una tale attività è stata conformata la sua effettiva composizione, dalla chiara fisionomia "consociativa". Non che sia mancata la voglia di rinvigorire l'Aran in corso d'opera, a cominciare dalla introduzione dei Comitati di settore, che avrebbero dovuto rafforzarne l'autonomia, dando voce, "all'interno", alle istanze associative e rappresentative delle amministrazioni, ma mantenendo, "all'esterno", una identità univoca; solo che proprio quest'ultima è rimasta compromessa dalla tendenza centrifuga dei Comitati medesimi, portati a farsi protagonisti in proprio delle rispettive *constituency*, baipassando lo stesso Comitato direttivo dell'agenzia, tramite contatti e dialoghi diretti con i rappresentanti istituzionali e sindacali, se pur spesso proprio da questi ultimi sollecitati.

E, partendo dai Comitati di settore³⁷⁰, il legislatore delegato pare farsi carico di questo "pericolo di fuga" (che riguarda in modo particolare Regioni ed Autonomie Locali). Quel che colpisce a prima vista nella loro riduzione al fatidico numero di tre, è il tendenziale adeguamento alle *bargaining unit*, prevedibili in un massimo di quattro; colpisce perché i tre sopravvissuti sono rappresentativi di realtà elettive, dotate oggi ed ancor più in prospettiva di risorse proprie, responsabili rispetto ai loro elettori, ancor prima ed ancor più che agli utenti dei servizi a loro carico. Tre comitati, collocabili su due settori. Da un lato, il settore per le autonomie - rilanciato, ieri, dal "federalismo istituzionale" del Titolo V Cost. ed, oggi, dal "federalismo fiscale", regionale e municipale *in itinere* - che viene qui differenziato in ragione del diverso rilievo costituzionale articolandolo su un primo Comitato, costituito nell'ambito della Conferenza delle Regioni, competente per il comparto delle regioni, gli enti regionali, il Servizio sanitario nazionale, e, rispettivamente, su un secondo, formato nell'ambito dell'Anci, dell'Upi e dell'Unioncamere, competente per il comparto degli enti locali, Camere di commercio e segretari comunali e provinciali. Dall'altro lato il settore statale, per tutte le altre amministrazioni, riunificato in un Comitato, con ad unico componente il Presidente del Consiglio, che agisce tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con quello dell'economia": un "buco nero" in cui vengono inghiottiti i Comitati espressi nell'ambito della Conferenza dei rettori, nonché dalle istanze rappresentative degli enti pubblici non economici e, rispettivamente degli enti di ricerca, lasciando alla realtà istituzionali, rese così orfane, la sola possibilità di essere sentite.

Certo la concentrazione di competenza a capo di un Comitato coincidente con il Presidente del Consiglio rivela un'efficacia centripeta, almeno sulla carta, tale da favorire una compattezza strutturale.

³⁶⁹ Definita, a suo tempo, come "Vero e proprio fattore di trasformazione dell'*input* pubblicistico in *output* privatistico": F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 345.

³⁷⁰ Per un approfondimento in merito, si rinvia a M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 191 ss.

turale ed una semplificazione funzionale dell'Aran. Ma vale la pena di rivedere tale concentrazione alla luce di una duplice realtà: costituita, in fatto, dall'inevitabile *leadership* esercitata da tale Comitato all' "interno"; nonché rappresentata in diritto, dalla sensibile riduzione dell'autonomia goduta rispetto all' "esterno" della stessa Aran. Se lo si fa, si ha l'idea di una riconversione dell'Aran ad "agenzia tecnica" strumentale rispetto alla politica contrattuale perseguita dal Governo. In questa prospettiva va intesa la stessa stretta effettuata in materia di incompatibilità dei membri del Collegio di indirizzo e controllo, sì da cancellare la connotazione "consociativa" dell'Aran, con la contro-parté sindacale di fatto saldamente rappresentata e insediata al suo interno: sganciarla dall'apparenza consunta di un'agenzia costretta ad una mediazione spesso paralizzante; rilanciarla con l'immagine innovativa di un'agenzia capace di tradurre la direttiva quadro d'emanaione governativa in una lingua specialistica quale quella negoziale.

All'uopo non era necessario cambiare la procedura di nomina dei membri del Collegio, già tale da assicurare al Governo tre membri su cinque; tant'è che viene solo ritoccata, peraltro in senso ancor più favorevole, perché il Governo sceglie direttamente il Presidente, con l'unica concessione di un previo parere della Conferenza unificata, e divide a mezzo gli altri quattro membri, designandone due e lasciandone uno a testa alla Conferenza delle Regioni e, rispettivamente, all'Anci e all'Upi. Naturalmente anche qui con una rinnovata attenzione sulla qualificazione professionale dei quattro membri, che fa il paio, per eccesso di enfasi e prevedibile difetto di efficacia, con quella già spesa per la CiVIT, ma con una differenza significativa, perché là, ma non qui, è richiesto un previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Differenza, questa, che di per sé rivela la ben diversa rilevanza accordata dal Governo alla CiVIT sulla *performance* ed al Comitato direttivo dell'Aran, tale da giustificare ai suoi occhi la disponibilità rispetto alla composizione della prima e la indisponibilità riguardo a quella del secondo.

Si può dire, dunque, che quanto previsto dal d.lgs. n. 150/2009 sterilizzi l'involuzione consociativa dell'Aran, ma non per rilegittimarla come agenzia "autonoma", dotata di una certa discrezionalità decisionale, ma per utilizzarla come agenzia "tecnica" strumentale. È un'impressione che trova conferma nella revisione del procedimento di contrattazione collettiva, quale risulta dall'art. 59, che ha sostituito l'art. 47. Senza procedere ad un esame dettagliato, basta qui evidenziare come al Governo debbano essere sottoposti non solo gli atti di indirizzo dei Comitati delle Regioni e degli Enti locali, perché valuti la loro compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria, ma anche le ipotesi di accordo riguardanti quegli stessi Comitati, perché formuli eventuali osservazioni. E se, trasmesse tali ipotesi di accordo alla Corte dei Conti, per vederne certificate l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità coi documenti di programmazione e di bilancio, queste andassero incontro ad una bocciatura³⁷¹, non resterebbe altra via che ripartire da zero: il Presidente dell'Aran, d'intesa col Comitato interessato, dovrebbe provvedere a riaprire la trattativa, stipulare una bozza che tenga conto della valutazione negativa della Corte dei conti, ripassare per la strada della certificazione.

³⁷¹ Per una dettagliata ricostruzione della disciplina dei controlli si rinvia a G. D'AURIA, I "nuovi" controlli della Corte dei conti (dalla "legge brunetta" al federalismo fiscale, e oltre), in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 489 ss. secondo cui, peraltro, è ancora possibile ricorrere alla registrazione con "riserva", dovendosi ammettere diversamente l'impugnabilità della certificazione negativa innanzi al giudice amministrativo. Di diverso avviso, invece, V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 527 ss. che ritiene la registrazione con "riserva" non estensibile ai procedimenti negoziali espressione di autonomia privata collettiva.

Ne risulta una maggior interferenza del Governo e della Corte dei conti, che, se idonea a ridimensionare il ruolo dell'Aran, è perlomeno dubbio sia capace di accelerare il procedimento contrattuale, per il quale, anzi, è stato eliminato qualsiasi termine finale certo, quale costituito fino a ieri da quaranta o al massimo quarantacinque giorni dall'inizio. Se non si può parlare di un ritorno di autonomia dell'Aran, non lo si fare neppure a proposito di un recupero di fluidità del processo negoziale; ma, consapevole di questo, il legislatore ha introdotto, con l'art. 59, un art. 47-bis, nel corpo del d.lgs. n. 165/2001, all'insegna di una rubrica accattivante, "Tutela retributiva per i dipendenti pubblici": a' sensi del suo co. 1, "Decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria ... gli incrementi previsti per il trattamento stipendiiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative..."; e a' sensi del suo co. 2, "...a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora non sia stato ancora rinnovato e non sia stata disposta l'erogazione di cui al comma 1, è riconosciuta..., nella misura e con le modalità stabilite dai contratti collettivi ... una copertura economica che costituisce un'anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti dai contratti collettivi".

È del tutto evidente che questo art. 47-bis fa il paio con l'art. 40, co. 3-ter così come appaiono ora: a prescindere dal loro diverso contenuto, correlato anche al differente livello assunto a referente – nazionale e, rispettivamente integrativo - il problema è sempre lo stesso, quello di un'eventuale stallo contrattuale, che, poi, come visto, è e rimane il fattore destabilizzante dell'intero sistema. Novello Alessandro, *si parva licet componere magnis*, il Ministro Brunetta, invece di sciogliere, taglia di netto il nodo gordiano di un accordo consegnato ad un futuro dilazionabile a piacere; ma lo taglia ipotecando lo stesso fisiologico svolgimento del *collective bargaining* nel settore pubblico privatizzato: ieri, coartato a monte, dalla predeterminazione delle risorse disponibili; domani, coartabile a valle, dalla facoltà riconosciuta alla controparte di procedere unilateralmente. È difficile pensare che questo duplice *bypass* di un'eventuale blocco del flusso contrattuale sia stato previsto come un intervento praticabile su larga scala, perché, se così fosse, vi si darebbe per scontato un conflitto permanente con l'interlocutore sindacale, forse tentante per il nostro battagliero Ministro, ma estremamente rischioso in un mondo fortemente sindacalizzato come quello del pubblico impiego. Ma certo suona come un omaggio a quella logica aziendale, che trova nell'attribuzione dell'ultima parola a chi abbia la responsabilità della gestione la sua regola base; e, comunque, già per il fatto solo di essere disposto e disponibile, rincuora e motiva amministrazioni e dirigenze, nonché esercita pur sempre un qualche effetto dissuasivo nei confronti di un soggetto sindacale che sia attestato su un fronte rivendicativo all'insegna del *non possumus*.

10. La dirigenza: meno autonomia e più responsabilità (Capo II e richiami dai Capi III e V).

Dopo aver anticipato il Capo IV, si può ritornare al Capo II, Titolo IV, del d.lgs. n. 150/2009, dedicato alla dirigenza pubblica, per rispondere alla domanda – formulata, ma accantonata - di quanto

ampia ed autentica sia la discrezionalità dirigenziale uscita dalla riforma Brunetta³⁷². Si può ritornarvi con una puntualizzazione, che la risposta non è concentrata nel Capo II, ma disseminata negli altri Capi dello stesso Titolo e negli altri Titoli del decreto delegato; cosa che di per sé rivela come, oggi ancor più di ieri, sia proprio la parte assegnata alla dirigenza a risultare centrale, non solo quando la si lasci libera di recitare a soggetto, ma anche quando la si condanni a farlo secondo un copione rigido. E non per nulla si è allora considerata quella domanda retorica, perché era sufficiente scorrere la legge delega per conoscere la risposta, ora consegnata al decreto delegato, quella di una dirigenza costretta a leggere le sue battute principali su una sorta di "gobbo" televisivo³⁷³.

More solito, ad aprire il Capo è un articolo, il 37, che, nel definirne oggetto, ambito di applicazione e finalità, ne sintetizza enfaticamente una ricaduta positiva a tutto campo, con un paio di messe a punto meritevoli di attenzione. Da un lato riafferma il debito formale contratto con la logica aziendale, laddove riconnega un miglioramento dell'organizzazione e della qualità del servizio all'utilizzo anche dei "criteri di gestione e di valutazione del settore privato"; dall'altro riconferma il confine fra indirizzo e gestione, ma, sembra preoccupato soprattutto di assicurare un qualche spazio allo *spoil system*³⁷⁴: "rafforzare il principio della distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di Governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia³⁷⁵, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo".

Il richiamo dei "criteri di gestione e di valutazione del settore privato", è volutamente equivoco, perché mentre pare riguardare quelli del settore privato in carne ed ossa, in effetti intende richiamare quelli dettati con riguardo alla misurazione, valutazione, incentivazione della *performance* di cui ai precedenti Titoli II e III dello stesso d. lgs. n. 150/2009. Criteri, questi, che se non in sé, certo nei modi e termini in cui sono declinati, sono lunghi dal valorizzare un'autentica logica aziendale, visto che la costringono e coartano dentro una sorta di camicia di forza. A servire come cartina di tornasole è la stessa ampiezza dell'area di manovra lasciata alla dirigenza, a cominciare proprio dalla gestione delle risorse umane. E proprio questa gestione è qui resa oggettiva, burocratizzata, pubblicizzata, come si è avuto modo di vedere ripercorrendo il Titolo III, Capi II e IV, con riguardo alle "gratificazioni", retribuzioni di risultato o carriere, e come si può vedere scorrendo il Titolo IV, con rispetto alle "punizioni", obblighi di procedere, procedimenti dettagliati, sanzioni e responsabilità.

³⁷² Si veda in merito S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 43 ss.; B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 104/2010, 15 ss.; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 155 ss.

³⁷³ Si v. in proposito A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2717 secondo cui dalla nuova normativa emergerebbe la figura di un "dirigente schiacciato all'interno di un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l'autonomia e la funzione manageriale".

³⁷⁴ In dottrina v. A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 859 e ss.; G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 1155 ss.; C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 6, 935 ss.; E. GRAGNOLI, *Lo spoil system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 01, 25 ss.

³⁷⁵ V. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 775 ss. che, nell'ambito del giudizio di censura dei meccanismi di automatica cessazione degli incarichi dirigenziali al variare della compagine politica, esclude gli incarichi dirigenziali "apicali" ovvero quelli che si caratterizzano per una "maggiore coesione con gli organi politici".

Significativi al riguardo sono gli artt. 38 e 39, che intervengono ad integrare gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001 - dedicati alle funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali ed alle funzioni dei dirigenti - allungandone le rispettive liste di competenze. Quanto riconosce, oggi, l'art. 16, cioè un potere di proposta circa "le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti ... ", è da ritenersi un *quid* già deducibile dal ruolo rivestito; mentre quanto, concede, sempre oggi, l'art. 17, richiede d'essere distinto: per il potere di concorrere "all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti ... " è ugualmente da considerarsi un qualcosa già ricavabile dal posto occupato; mentre per l'altro potere , di effettuare "la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti", il discorso è più complesso. Sembrerebbe essersi così garantita a un'ampia libertà di manovra, ma una simile impressione è smentita da una lettura sistematica. Come si è visto, la valutazione è figlia di una procedura complessa, con a co-protagonisti, se pur scontando i diversi ambiti di competenza: la CiVIT che predisponde tutta la complessa modellistica relativa al ciclo della *performance* (Sistema di misurazione e valutazione, Piano e relazione); l'Oiv, che sovraintende la messa a regime della macchina a livello di singola amministrazione, propone "all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi ... ", allestisce la "graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale", classificando tutti nei famosi tre livelli, predeterminati nelle percentuali di personale loro attribuibili. Sicché, alla fin fine il margine lasciato alla dirigenza riesce assai più limitato di quel che può apparire.

Viene aggiunto dell'altro, ma a caro prezzo. Così il co. 1 dell'art 49 Capo III ("Uffici, piante organiche, mobilità e accessi"), intervenuto a modifica dell'art. 30, prescrive che il trasferimento sia disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato "peraltro sempre su una base giustificabile e sindacabile quale offerta dalla "professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire"; così, ancora, l'art. 69, del Capo V ("Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici"), nell'aggiungere l'art. 55-bis, vi prevede che "per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio per più di dieci giorni" sia competente il dirigente responsabile della struttura.

Ma, come anticipato, questo ha un suo corrispettivo. In materia di uffici e piante organiche, l'art. 50, integrando l'art. 33, sancisce che "La mancata individuazione da parte del dirigente responsabile delle eccedenze delle unità di personale ... è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale", creando una fattispecie *ad hoc*, che certo dovrà essere interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti in materia di responsabilità erariale. Ed, a sua volta, in materia di sanzioni disciplinari, il già citato art. 69, nell'aggiungere l'art. 55-sexies, vi prescrive che il dirigente responsabile del mancato esercizio³⁷⁶ o della decadenza dell'azione disciplinare, per aver

³⁷⁶ Per S. MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. It.*, 12, 2010, "la revisione del sistema disciplinare è obiettivo primario e diretto della c.d. riforma Brunetta, strettamente collegato, in chiave di strumentalità, ai fondamentali paradigmi di efficienza, produttività e di lotta all'assenteismo che hanno ispirato e trascinato, anche dal punto di vista mediatico, l'intervento del legislatore".

omesso o ritardato senza giustificato motivo atti del procedimento o per avere ritenuto insussistente l'illecito in base a valutazioni manifestamente irragionevoli o infondate "l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili col licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione", senza esclusione dell'eventuale responsabilità civile, se pur limitata "in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave".

Nonostante quanto pareva anticipare l'art. 37, l'art. 40, destinato a rivedere l'art. 19, si limita ad adeguare lo *spoil system* al *decisum* del Giudice delle leggi³⁷⁷, confermando il meccanismo della decadenza automatica decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo e salvo conferma esplicita, per i soli dirigenti cui siano stati conferiti incarichi di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente. Mentre, poi, si dedica a tutto campo al tema generale del conferimento degli incarichi dirigenziali³⁷⁸, riproponendolo come un vero e proprio procedimento: l'amministrazione deve, prima, pubblicare un "apposito avviso sul sito istituzionale" con "il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica e i criteri di scelta"; poi, acquisire "le disponibilità dei dirigenti interessati"; infine, procedere alla valutazione "in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico".

Il che costringe a chiedersi se quanto ritenuto in precedenza, cioè di un istituto non solo privatistico nel suo svolgimento e nel suo risultato, ma anche non concorsuale, cioè non tale da obbligare ad un giudizio comparativo, possa essere sostenibile anche oggi; e se il responso dovesse essere negativo, ad interrogarsi sul conseguente impatto su un sistema che si vorrebbe ricalcato su quello del settore privato. Niente da dire sull'accresciuto tasso di obiettività e di trasparenza; ma qualcosa sì, sull'altrettanto aumentato tasso di burocratizzazione, certo destinato ad avere come sua coda una dose significativa di vertenzialità.

Tutto questo trovava riscontro nel regime della conferma e della revoca³⁷⁹. A' sensi del nuovo art. 19, co. 1-ter, secondo periodo, un incarico dirigenziale conservava sì una scadenza, ma si dava per cosa affatto scontata la conferma, in assenza di una valutazione negativa, tant'è che altrimenti

³⁷⁷ Si rinvia alla nota 59.

³⁷⁸ Per cui si rinvia a A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 12, 2010; Id., *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., 2009, 1, 32 ss.; Id., *Conferimento e disciplina degli incarichi dirigenziali. Spoil system*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 148 ss.; G. D'AURIA, *Dirigenti pubblici: garanzie nel conferimento degli incarichi e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (con brevi note sulla riforma della dirigenza nella "legge Brunetta")*, in *Foro It.*, 2009, I, 3080 ss.; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro*, cit., 155 ss.; E. GRAGNOLI, *L'accesso alla dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 2, 993.

³⁷⁹ Sull'argomento si v. A. BOSCATI, *Il conferimento degli incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. it.*, 12, 2010, 2710.

l'amministrazione era tenuta a darne "idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso, con un congruo preavviso". Disciplina, questa, che rivelava una tendenza alla stabilizzazione non più solo del rapporto, ma anche degli incarichi, che a tutt'oggi risultano costituiti a tempo indeterminato e, rispettivamente, a tempo determinato; tendenza, questa destinata a rimettere in discussione l'originaria distribuzione dei ruoli, per cui il primo doveva assicurare la stabilità ed i secondi la flessibilità. Non sorprendeva affatto un simile *trend*, visto che, poi, ad interessare era ed è proprio l'incarico, da cui dipende il ruolo ed il reddito; ma, l'ossequio allo *status quo* finiva per penalizzare quella mobilità necessaria non solo all'efficienza ma anche alla professionalità; certo, si poteva obiettare che, per poter riciclare il posto, bastava fornire un'idonea motivazione, ma questo rappresentava un ulteriore elemento di burocratizzazione, anch'esso tale da portarsi in dote una certa conflittualità.

L'uso dell'imperfetto non è senza ragione, perché dopo un semestre di vigenza, il legislatore ha creduto bene di ritornare sui suoi passi, abrogando l'art. 19, co. 1-ter, secondo periodo, con l'art. 9, co. 32, d. l. del 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122³⁸⁰.

Per la revoca *ante tempus*, questa è ovviamente ammessa, ma ricondotta sotto la disciplina della responsabilità dirigenziale, di cui all'art. 41, che ci restituisce rimesso a nuovo l'art. 21³⁸¹. La conformazione alla complessa macchina di misurazione e valutazione della *performance* risulta evidente sia nella riproposizione delle vecchie ipotesi, sia nella introduzione di una nuova, senza, peraltro che sia chiarita la riaffermata convivenza delle fonti, legge e contratto collettivo, e delle responsabilità, dirigenziale e disciplinare³⁸². Quanto alle vecchie ipotesi, ritornano sia "Il mancato raggiungimento degli obbiettivi" ma ora "accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione" introdotto *ex novo*, sia "l'inosservanza delle direttive", che, in quanto imputabili "previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo", comportano, in un crescendo commisurato alla gravità, "l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale" o - qui con esplicito riferimento oltre che alla "previa contestazione" anche al "rispetto del principio del contraddittorio" - la revoca dell'incarico, con conseguente collocamento del dirigente a disposizione ovvero il recesso "dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

A far la vera differenza è, però, l'introduzione della nuova ipotesi di responsabilità del dirigente³⁸³, cioè "la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione...", che, "previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali" espone alla decurtazione della "retribuzione di risultato, sentito il Comitato dei garanti,

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ R. SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2720 ss.

³⁸² V. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 750 ss. secondo cui la distinzione tra le due responsabilità "è fondamentale non solo dal punto di vista dell'inquadramento teorico, ma anche e soprattutto ai fini di individuare, in relazione al caso di specie, la giusta procedura da applicare; nonché la giusta sanzione...". In giurisprudenza si v. Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *Foro It.*, 2007, I, 1716 ss.

³⁸³ "Finora non tipizzata e di dubbia natura" così R. SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, cit., 2720 ss.; V. anche B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, cit., 31 che riconduce tale ipotesi di *culpa in vigilando* nell'ambito della vera e propria responsabilità dirigenziale.

in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all’ottanta per cento”. Qui la legge appresta un vero e proprio processo bifase: il primo tempo costituito dalla previsione di una responsabilità del dirigente per aver omesso di controllare e riprendere il proprio personale in vista e funzione del pieno realizzo degli standard prestabiliti; certo occorre che tale comportamento omissivo gli sia addebitato come colpevole nell’ambito di un procedimento, ma, una volta accertato il mancato raggiungimento degli standard, ricade inevitabilmente su di lui l’onere di giustificarsi; ma se non vi riesce, ecco il secondo tempo, dato dalla condanna ad una perdita significativa della retribuzione di risultato, capace di raggiungere l’80%.

Se il procedimento in tema di conferimento degli incarichi viene “rafforzato”, quello in materia di responsabilità dirigenziale viene “indebolito” in forza di quanto previsto dall’art. 42, modificativo dell’art. 22: il Comitato dei garanti, chiamato a dare il suo parere, subisce un duplice cambiamento che ne modifica la identità e la rilevanza³⁸⁴. La sua identità cessa di essere “equitativa”, con la partecipazione delle parti contrapposte, per diventare “tecnica”, con la presenza di magistrati, esperti, dirigenti generali; ma la sua rilevanza muta radicalmente, col declassamento del parere da vincolante a consultivo. Il che equivale a ridimensionare quel Comitato, che si era guadagnato sul campo il credito di un tutore paternalista; ma se così sarà certo più facile anche il ricorso al rimedio estremo costituito dal recesso, non più paralizzabile da un parere vincolante, rimane sempre, a tutto favore del dirigente del settore pubblico rispetto a quello del settore privato, il fatto di essere stato ammesso *iussu iudicis* al regime della tutela reale.

Il che riguarda il sistema funzionante a regime. Ma lo stesso principio basilare di colpire nel portafoglio colui che porta i gradi, per il fatto di non aver assolto al suo ruolo o anche per quello solo di essere in comando è stato già utilizzato nel Titolo II del nostro decreto delegato, per sollecitare e promuovere l’avvio del sistema. Come visto, a’ sensi degli artt. 10, co. 5 e 11, co. 9, in “caso di mancata adozione del Piano della *performance*” e, rispettivamente in “caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza … o di mancato assolvimento degli obblighi di comunicazione” c’è una perdita secca della retribuzione di risultato, peraltro con una differenza importante. Per l’art. 10, co. 5, il dirigente è penalizzato solo se colpevole, cioè abbia concorso alla mancata adozione del Piano “per omissione o inerzia nell’adempimento dei propri doveri”; mentre per l’art. 11, co. 9, il dirigente pare penalizzato, colpevole o meno, per il solo fatto di essere preposto all’ufficio coinvolto. A dire il vero, non si capisce bene il perché di una simile diversità, essendo considerate Piano della *performance* e Programma per la trasparenza due pezzi di uno stesso meccanismo, destinato ad operare all’unisono³⁸⁵.

A complicare ulteriormente le cose, interviene l’art. 45, che, a modifica dell’art. 24 del d. lgs. n.165/2001, prevede un regime transitorio, che, però, non è dato capire come si concili con quello appena visto: il dirigente è escluso dalla corresponsione “della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati… qualora l’amministrazione di appartenenza… non abbia predisposto il sistema di valutazione…”, entro e non oltre un periodo transitorio di sei mesi dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009, a quanto pare anche senza che gli si possa addebitare alcunché.

³⁸⁴ Sul tema, ante riforma, si v. S. MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 06, 1078 ss.

³⁸⁵ Cfr. B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, cit., 27, nota 74.

Quel che è certo è la pesantezza della perdita, parziale ed a maggior ragione totale, della retribuzione di risultato, come ben appare da quello stesso art. 45, il quale, a modifica ulteriore dell'art. 24, prescrive: "Il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva del dirigente...". Ora si può passar sopra l'ottimismo contestualmente espresso circa il raggiungimento di un siffatto obbiettivo, per cui "I contratti collettivi nazionali incrementano progressivamente la componente legata al risultato, in modo da adeguarsi a quanto disposto ... entro la tornata contrattuale successiva a quella decorrente da 1° gennaio 2010, destinando comunque a tale componente tutti gli incrementi previsti per la parte accessoria della retribuzione"; si può passar sopra un siffatto ottimismo, peraltro già amaramente smentito dal blocco retributivo, ma quel che rimane del tutto evidente è il carattere ambiguo della retribuzione di risultato: strumento, al tempo stesso, di incentivazione e di penalizzazione, tant'è che il prevederla in una percentuale non inferiore a circa un terzo della retribuzione complessiva serve sia a renderla appetibile in vista di una prestazione migliore, sia a renderla disponibile in funzione di una penalizzazione maggiore.

Col che non si è affatto esaurita la rassegna delle responsabilità scaricate sulle spalle del dirigente, perché occorre qui richiamare quelle già evidenziate sopra, con riguardo alla sua responsabilità per danno erariale nel caso in cui non individui personale in esubero (art. 50, integrativo dell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001), nonché alla sua responsabilità disciplinare nel caso in cui non attivi e coltivi, tempestivamente e correttamente, il procedimento nei confronti di un sottoposto inadempiente.

Non c'è che dire, se si tiene presente il punto di partenza, quale costituito a tutt'oggi dall'art. 52, co. 5, del d. lgs. n. 165/2001, per cui il dirigente che assegna un lavoratore "a mansioni proprie di una qualifica superiore" risponde personalmente della differenza di trattamento economico eventualmente rivendicata dallo stesso lavoratore, peraltro solo "se ha agito con dolo o colpa grave". Se ne è fatta di strada, ma quel che era, allora, un'eccezione giustificata dalla peculiarità dell'ipotesi considerata, diventa, ora, non una regola, perché dispersa a pioggia in una casistica priva di sistematicità e coerenza nell'individuazione della componente soggettiva ed oggettiva, bensì una tendenza, al tempo stesso in continuità e discontinuità rispetto al passato. C'è continuità, visto che a restar centrale è sempre la figura del dirigente, a suo tempo definito come un "Giano bi-fronte" per enfatizzarne il ruolo di snodo fra "pubblico" e "privato"³⁸⁶. Ma c'è discontinuità, dato che la competenza viene sì allargata quantitativamente, con riguardo alla superficie attribuita, ma ristretta qualitativamente, con rispetto alla discrezionalità riconosciuta; e, soprattutto, la gestione viene accompagnata da una responsabilità relativa a comportamenti dei suoi dipendenti ancor prima che ai risultati complessivi, con un'ampia utilizzazione della risorsa retributiva ai fini sia di una incentivazione che di una penalizzazione.

IV. La partenza rinviata

11. Lo scadenziario applicativo.

Qualunque cosa si sia detta e sia possibile dire in aggiunta, resta pur sempre che il secondo tempo della riforma Brunetta, costituito com'è dalla traduzione di una legge delega per via della relativa

³⁸⁶ Così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 964.

decretazione, avrebbe dovuto avere in testa alla sua agenda una chiara ed inequivocabile individuazione del *D-Day*. Ma, pressato ed affaticato dal molteplice fronte da lui stesso aperto, che sembrava richiedere uno scadenziario differenziato per l'inizio dell'attacco, il legislatore delegato ha finito per graduare il termine, sì che a fronte di quel che è entrato in vigore subito, il 15 novembre 2009, ce n'è altro che è stato rinviato ad un momento successivo ed altro ancora che è stato subordinato al suo recepimento da parte della contrattazione collettiva; solo che oggi, a marzo inoltrato del 2011, quel ruolino di marcia si è venuto esaurendo.

Il Titolo II è applicabile immediatamente ed integralmente alle amministrazioni diverse dalle regioni e dagli enti locali. Ma i termini entro cui devono essere costituiti i due istituti perno del meccanismo costruito sul ciclo della *performance* di cui al Titolo II, cioè la CiVIT e gli Organismi indipendenti, sono individuati dal Titolo III, all'art. 30: istituita, la prima, entro 30 giorni dal varo del decreto; predisposti, i secondi, entro il 30 aprile 2010, con uno scadenziario operativo assai rigido, tale da contemplare l'impegno a provvedere "entro il 30 settembre 2010, sulla base degli indirizzi della Commissione ... a definire i sistemi di valutazione della *performance* ... in modo da assicurarne la piena operatività a decorrere dal 1 gennaio 2011". Dunque, la messa a regime del meccanismo alimentatore dell'intero sistema era destinata a richiedere più di un anno, ormai compiuto, dal novembre 2009 al gennaio 2011.

Lo stesso Titolo è applicabile ma non integralmente alle regioni e agli enti locali perché, come visto, l'art. 16 prevede a loro carico solo l'obbligo di adeguare i propri ordinamenti "ai principi contenuti negli artt. 3, 4, 5, comma 2, 7, 9 e 15, comma 1", entro il 31 dicembre 2010; peraltro, una volta decorso inutilmente quel termine, si applicano "le disposizioni previste nel presente Titolo fino all'emanazione della disciplina regionale e locale". Tutto chiaro in astratto, ma in concreto, per le regioni e gli enti locali avrà rappresentato un problema "tecnico" notevole doversi adeguare in poco più di un anno, spremendo dagli articoli richiamati del Titolo II dei principi, su cui costruire un proprio regolamento del ciclo della *performance*; e, certo, un problema "politico" rilevante doversi sobbarcare *in toto*, una volta spirato inutilmente il fatidico 31 dicembre 2010, l'intero Titolo II. Per quanto si può sospettare al momento, conoscendo i destinatari, Regioni in testa, è probabile che questi, messi di fronte ad un così ruvido *aut-aut*, considerato risolutivo dal volitivo Ministro, abbiano giocato a prender tempo, allargando il discorso all'intero contenuto del decreto.

Se il Titolo II ospita una partita giocata tutta dall'amministrazione, con la messa a punto del ciclo della *performance*, il Titolo III ne ospita un'altra disputata fra l'amministrazione e la controparte sindacale fino a sfociare in quella contrattazione destinata a gestire la politica incentivante e premiale, se pur solo nella stretta cornice fissatale *ex lege*. Che tale sia la cornice legislativa ce lo dichiara a chiare lettere l'art. 29, laddove, come visto, accorda alle disposizioni del Titolo "carattere imperativo", affrettandosi a precisare che per ciò stesso "non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva e sono inserite di diritto nei contratti collettivi ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile". Naturalmente c'è da ritenerne che a venire in questione sia tutta la contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, ugualmente costretta a cedere il passo alla legge, se e quando possa entrarvi in conflitto; premessa da tenere presente nel passare alla questione "calda", non più dell'*an*, ma del *quando* scatta tale carattere imperativo, che lo stesso art. 29 affronta e risolve, facendolo decorrere "dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto". Il testo è interpretabile nel senso che a segnare il momento cruciale sia il passaggio da un periodo all'altro, da

quello in corso a quello successivo, non da un contratto ad un altro, da quello che copre il periodo attuale a quello che coprirà il prossimo; lo è, perché pare evidente che il contratto *in itinere* dovrà conformare al *diktat* legislativo in tema di merito e premi il suo processo formativo ancor prima che il suo contenuto, sicché il carattere imperativo non può certo scattare solo una volta concluso e sottoscritto il contratto, impedito, fra l'altro, dal modificare in alcunché il Titolo in questione.

Tutto chiaro, dunque, non proprio, perché, fra un momento, bisognerà vedersela con l'art. 65, che non dà l'idea di andare troppo d'accordo con questo art. 29, sì da riaprire il discorso ermeneutico. Per l'intanto un cenno al fatto che pure il Titolo III non è applicabile integralmente, questa volta alle regioni, ai loro enti e alle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, per i quali l'art. 31 sancisce l'obbligo di adeguare i propri ordinamenti ai principi contenuti negli artt. 17, co. 2, 18, 23, co. 1 e 2, 24, co. 1 e 2, 25, 26, 27, co. 1; e, dopo di che, riprende alla lettera quanto già detto nell'art. 16 sopra citato circa il regime applicabile in caso di mancato adeguamento, andando così incontro allo stesso commento critico.

Ed ecco, *last but not least*, quasi in chiusura di quel Capo IV del Titolo IV, dedicato alla contrattazione collettiva, intervenire il preannunciato art. 65, con un regolamento puntuale dell' "adeguamento ed efficacia dei contratti collettivi vigenti", sia integrativi che nazionali. *Per quanto concerne la contrattazione integrativa vigente alla data di entrata in vigore del decreto*, le parti l'adeguano alle disposizioni del decreto relative alla "definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge" nonché alle disposizioni del Titolo III: come regola generale, entro il 31 dicembre 2010 e come regola particolare per il "comparto regioni e autonomie locali" (ma non è già previsto un duplice comparto!) entro il 31 dicembre 2011; se, poi, le parti non procedano come richiesto, la contrattazione integrativa non debitamente adeguata cessa di essere efficace – in relazione alle clausole divenute *contra legem* - sì da non essere ulteriormente applicabile, ovviamente con una diversa decorrenza, cioè in generale dal 1° gennaio 2011, ed in particolare, per il "comparto regioni e autonomie locali", dal 31 dicembre 2012. Scadenzario, questo, che pare lasciare aperto il discorso solo per il "comparto regioni e autonomie locali", dato che i termini previsti per loro sono prolungati al 31 dicembre 2011 per l'adeguamento e dal 31 dicembre 2012 per il venir meno dell'efficacia dei contratti integrativi non debitamente adeguati, senza, peraltro, che sia possibile capire il perché di questo *gap* temporale, corrispondente ad un anno esatto (co. 1, 2, 4)³⁸⁷. *Per quanto attiene, invece, alla contrattazione nazionale*, le disposizioni del decreto che la riguardano si applicano "dalla tornata successiva a quella in corso" (co. 5).

Un simile ingorgo normativo ha dato vita ad un indirizzo giurisprudenziale discutibile e discusso, per cui sarebbe stato possibile salvare *pro tempore* il contenuto contrario al nuovo regime delle prerogative dirigenziali, non solo se presente in un contratto integrativo anteriore, ma anche se introdotto in uno posteriore al varo del d. lgs. n. 150/2009³⁸⁸. Per mettere qualche punto fermo,

³⁸⁷ "Contemplando uno bizzarro anno di moratoria anche per il caso in cui il contratto, pur dichiaratamente invalido per incompatibilità con norme di legge, sembrerebbe mantenere efficacia" così S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 741 ss.

³⁸⁸ V. Trib. Torino, sez. lav., decreto 2 aprile 2010, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 91 ss. e successivamente Trib. Torino, sentenza 2 aprile 2010; Trib. Salerno, decreto 19 luglio 2010; Trib. Lamezia Terme, decreto 7 dicembre 2010; Trib. Trieste, decreto 5 ottobre 2010. Di diverso avviso, invece, Trib. Pesaro, sentenza 27 ottobre 2010, n. 417 ha affermato l'immediata operatività dell'art. 5, comma 2, del

è necessario partire da un confronto fra il già visto art. 29 e l'art. 65, evidenziandone il reciproco rapporto: il primo non fa differenza fra contrattazione nazionale ed integrativa, sì da lasciar supporre che la regola posta valga per l'una e per l'altra; mentre il secondo la fa, col porre una duplice regola ben distinta.

Sviluppando, anzitutto, il confronto con l'occhio alla contrattazione integrativa, a' sensi dell'art. 29 ne dovrebbe derivare una sua cedevolezza rispetto alla disciplina introdotta dal Titolo III, per sopravvenuta imperatività di quest'ultimo a partire dal "periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del ... decreto", da interpretarsi nel senso letterale del termine "periodo", come quello coperto dal contratto vigente al momento, senza attendere il varo del contratto destinato a sostituirlo. L'art. 65 introduce, però, una duplice variante, quanto all'oggetto, allargandolo oltre il Titolo III anche al riparto fra contrattazione collettiva e legge, nonché quanto al tempo, inchiodandolo a scadenze predeterminate e rigide. Ora per l'oggetto viene in rilievo proprio l'allargamento avvenuto nel passaggio dall'art. 29 all'art. 65, co. 1, cioè dal solo Titolo III anche "alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettive e alla legge", perché tale frase appare piuttosto generica ed ampia, astrattamente riferibile sia al *micro* riparto di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001 - come modificato dall'art. 34 - per blindare le prerogative dirigenziali rispetto alla pressione della controparte sindacale; sia al *macro* riparto di cui all'art. 40 dello stesso decreto - come rivisto dall'art. 54 - per ridurre e ridimensionare le materie negoziabili, fornendo una lunga elencazione di quelle *out*, peraltro comprensiva delle stesse prerogative dirigenziali. Ma pare ovvio che, trattando qui l'art. 65, co.1 della contrattazione integrativa vigente, l'espressione utilizzata vada letta come riferita all'art. 5, con la conseguenza tutt'altro che scontata, di una sua operatività a prescindere dalla previa ricezione dell'art. 40 da parte della contrattazione nazionale. Il che significa che *a)* la contrattazione integrativa *vigente* al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009 – come puntualizza la lettera - deve adeguarsi al *micro* riparto *ex novo* art. 5 entro il 31 dicembre 2010/31 dicembre 2011, a costo di perdere efficacia dal 1° gennaio 2011/31 dicembre 2012, mentre la contrattazione integrativa successiva a tale momento, deve rispettarlo dalla sua stipula; e, anticipando quanto si dirà a breve, *b)* tale conclusione non è smentita dall'essere la contrattazione nazionale vincolata al *macro* riparto *ex novo* art. 40 "dalla tornata successiva a quella in corso".

Più complicato il problema del *tempo*, con riguardo, peraltro, al solo Titolo III: qui il confronto fra l'art. 29 e l'art. 65 del d. lgs. n. 150/2009, porta ad un contrasto, perché le scadenze fisse previste da questo possono risultare più corte di quelle variabili contemplate da quello (periodo contrattuale successivo a quello in corso); ma, se così fosse, pare dover prevalere l'art. 65, in quanto più puntuale e specifico.

Spostando, ora, lo sguardo sulla contrattazione nazionale, può colpire ad una prima occhiata una differenza formale, perché l'art. 29 fa scattare il carattere imperativo del Titolo III dal "periodo contrattuale successivo a quello in corso"; mentre l'art. 65, co. 5 fa operare il nuovo regime introdotto dal decreto dalla "tornata successiva a quella in corso". Ora, se anche questa differenza si rivelasse effettiva, non avrebbe alcuna rilevanza sostanziale, anzi tutt'altro, perché se "periodo"

d.lgs. n. 165/2001 condiviso, da ultimo, in dottrina da V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D. lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate"*. Ratio di una riforma, ultima versione, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, in corso di pubblicazione. Cfr. anche Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, n. 7 del 13 maggio 2010, cit., specialmente par. 2.

si confà meglio al fatto di essere riferito ad una contrattazione integrativa a cicli variabili, "tornata" si mostra più adatta al fatto di essere spesa proprio per la contrattazione nazionale, a cicli cadenzati e sincronici. Ma, ad una considerazione più attenta, non si rivela tale, perché è lo stesso art. 65 a considerare interfunzibili le due espressioni, tant'è che al co. 3, parla di "periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso", con riferimento esclusivo a quella contrattazione nazionale per la quale, poi, al co. 5, usa, come visto, l'altra, cioè "tornata successiva a quella in corso".

La tornata in corso al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, cioè al 15 novembre 2009, era quella costituita dal quadriennio normativo e dal secondo biennio economico, in scadenza al 31 dicembre 2009, sicché la successiva prendeva inizio col 1° gennaio 2010, a prescindere da qualsiasi eventuale pendenza rimasta aperta. Ed, aldilà del termine utilizzato, "periodo" o "tornata", è l'inizio e non la fine a contare: vale, *a fortiori*, l'argomentazione svolta, con riguardo all'art. 29, a proposito di "periodo successivo" che cioè deve necessariamente riguardare il tempo in cui viene confezionato il contratto integrativo sostitutivo, perché proprio il suo processo formativo ed il suo contenuto sono condizionati dal richiamato Titolo III. *A fortiori*, perché là era in gioco solo il Titolo III, qui, con rispetto all'art. 65, co. 5 il regime legislativo in tema di contrattazione nazionale, sicché non si riesce a capire come tale regime dovrebbe entrare in vigore non al principio, ma al termine della tornata apertasi col 1° gennaio 2010, se e quando sia sfociata nella stipulazione dei contratti d'area e di comparto: non lo si capisce certo con riguardo alle procedure, ma anche allo stesso *macro* riparto delle competenze fra legge e contrattazione collettiva, nonché ad altri aspetti relativi ai contenuti.

Certo quel che non appare dall'uso di un linguaggio vecchio, è che non esiste più il collaudato *continuum* fra una tornata e l'altra, perché quella in corso ha vissuto sotto il vecchio regime e quella successiva è destinata a vivere sotto il nuovo, tant'è che il già citato art. 65, co. 3 (come modificato dall'art. 1 comma 20-ter del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25) prevede "In via transitoria, con riferimento al periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso, definiti i comparti e le aree di contrattazione ai sensi dell'art. 40, comma 2, e 41, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come sostituiti, rispettivamente, dagli articoli 54 e 56 del presente decreto legislativo, l'Aran avvia le trattative contrattuali con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative".

Ma questo suona che suona a riprova di una netta soluzione di continuità fra passato e presente, con esplicita previsione dell'entrata in vigore dall'inizio del "periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso", cioè dal 1° gennaio 2010, del nuovo regime, che prevede un previo aggiornamento delle *bargaining unit*, in vista dell'apertura delle trattative. Se così è, l'art. 65, co. 5, non può essere interpretato nel senso restrittivo per cui "le disposizioni relative alla contrattazione collettiva di cui al presente decreto" applicabili "dalla tornata successiva a quella in corso" siano solo quelle relative alle procedure, perché questo è già chiaramente deducibile da questo co. 3 appena considerato.

Ciò detto, è possibile ritornare su quanto affermato sopra circa il fatto che il *micro* riparto fra legge e contrattazione, *ex novo* art. 5, vincola quella integrativa in ragione delle date viste, distinte a seconda che quest'ultima sia vigente o meno al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, cioè solo dallo scadenziario prefissato o, rispettivamente, da subito; di ritornarvi, per ribadire che ciò non è rimesso in discussione dal fatto ulteriore che il *macro* riparto, *ex novo* art. 40, vincola la contrattazione collettiva a partire "dalla tornata successiva a quella in corso",

perché, come detto e ribadito, quest'ultima è già *in itinere*.³⁸⁹ Il che porta a chiedersi quale sia la sorte della contrattazione nazionale non conforme, una volta così esaurita la tornata di riferimento. Per un tentativo di risposta, bisogna considerare un'ulteriore diversità fra l'art. 29 e l'art. 65, co. 2 del d. lgs. n. 150/2009, relativa alla "sanzione": a' sensi del primo, la contrattazione collettiva non può derogare alle disposizioni del Titolo III, a partire dal termine del periodo negoziale in corso, a pena di una sostituzione automatica delle clausole difformi; a' sensi del secondo, la contrattazione collettiva integrativa vigente deve essere debitamente e tempestivamente adeguata alle disposizioni riguardanti il Titolo III e la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, a pena di inefficacia e non ulteriore applicabilità. Non è facile capire la ragione di una tale differenza, sì da far sospettare una *defaillance* tecnica tanto più che sia l'art. 29 sia l'art. 65, comma 1 riguardano, l'uno solo e l'altro anche, il Titolo III, per cui, in forza del primo varrebbe la inderogabilità/inserzione automatica e, rispettivamente, in ragione del secondo, la inefficacia/inapplicabilità.

Peraltro, l'art. 65, co. 5, nel precisare che la contrattazione collettiva nazionale è soggetta alla nuova disciplina dalla tornata successiva a quella in corso, non parla della sorte delle clausole la cui contrarietà alla legge sia divenuta rilevante, con la scadenza della tornata in corso; sicché, sempre a condividere la lettura qui offerta, tocca all'interprete tentare una soluzione. E la più persuasiva sembra quella deducibile da un'interpretazione sistematica dell'art. 65, che estenda la sanzione di cui al co. 2, per la contrattazione integrativa - cioè la perdita di efficacia e di applicabilità - anche al co. 5, per la contrattazione nazionale. In effetti, prendendo a chiave di lettura proprio la questione strategica del riparto di competenza fra legge e contrattazione, c'è una relazione di *species a genus* fra l'uno e l'altro comma: quel che rileva è, esplicitamente, al co. 2, il mancato adeguamento dell'accordo integrativo pregresso al nuovo *micro* riparto; e, implicitamente al co. 5, il sopravvenuto contrasto dell'accordo nazionale precedente con il nuovo *macro* riparto, come visto comprensivo anche di quello *micro*. D'altronde, proprio con particolare riguardo al riparto, ha senso la perdita di efficacia, ma non certo l'inserzione automatica, essendo il riparto medesimo estraneo alla competenza contrattuale³⁹⁰.

Qualunque sia la valutazione della riforma, la guerriglia di retroguardia condotta da una certa parte sindacale, con la paternalistica comprensione di una magistratura di merito, che sembra a tratti presa dalla nostalgia della giurisprudenza d'assalto della stagione post-statutaria, sembra infondata³⁹¹. La cosa certa è che la ripartizione di competenza fra legge e contrattazione collettiva rappresenta una premessa inderogabile a qualsiasi contrattazione novella, come tale destinata ad operare prima ed a prescindere da qualsiasi consacrazione negoziale: quest'ultima non può avere valenza costitutiva, sì da essere considerata necessaria per poter segnare e pubblicizzare la

³⁸⁹ In dottrina per una prima interpretazione si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 741 secondo cui l'art. 65, comma 5, del decreto ha "a chiaro riferimento le sole (nuove) procedure di contrattazione di cui all'art. 59 del d.lgs. n. 150 (che modifica l'art. 47 d. lgs. n. 165/2001) e non i contenuti dei contratti collettivi vigenti"; nello stesso senso, P. MATTEINI, *Relazioni sindacali e decreto "Brunetta": prime questioni applicative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 99 ss. Da ultimo, in sostanziale accordo, v. V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate". Ratio di una riforma*, ultima versione, cit., 40 e ss. Per una diversa opinione, v. C. CORBO, *L'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 ed il suo impatto sul sistema di relazioni sindacali previgente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 105 ss.

³⁹⁰ Naturalmente tale conclusione non è applicabile *sic et simpliciter* al Comparto "Regioni e Autonomie locali" data la proroga delle scadenze per quanto riguarda l'adeguamento della contrattazione integrativa e la perdita di efficacia/applicabilità di cui all'art. 65, comma 4.

³⁹¹ Si fa riferimento alla giurisprudenza di merito citata in nota 72.

transizione dalla vecchia alla nuova normativa. Il che vale per tutta la contrattazione, sia nazionale che integrativa, senza che la prima debba precedere la seconda per aprirle la strada, tracciata in maniera pungigliosa se pur non altrettanto precisa dalla legge stessa per l'una e per l'altra.

D'altronde dell'ingorgo normativo lasciatosi alle spalle, con il suo bravo codazzo giurisprudenziale "temporeggiatore", ha dovuto prendere atto lo stesso Ministro che ha predisposto e fatto approvare dal Consiglio dei Ministri una bozza di decreto correttivo del testo dell'art. 65, per cui: a) i commi 1, 2 e 3 si interpretano nel senso che l'adeguamento della contrattazione collettiva integrativa "alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dal Titolo III", con a sanzione la inefficacia/inapplicabilità delle clausole rimaste difformi, vale solo per quella già vigente alla data dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, ma non per quella non vigente allora, cioè intervenuta in seguito, così condannata ad osservare, fin dalla sua nascita, il decreto stesso; b) il co. 5 si interpreta nel senso che "le disposizioni che si applicano dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso al momento dell'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi e, in particolare quelle contenute negli articoli 56, 58, 59, comma 1, 66, comma 3 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009"; c) il co. 4 viene fatto seguire da un co. 4-bis, che non si capisce bene a cosa si riferisca, se al solo co. 4 o no, per cui "hanno comunque immediata applicazione, ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, le disposizioni di cui all'art. 33, modificativo dell'art. 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 54, comma 1, modificativo dell'art. 40 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le disposizioni in materia di contrattazione integrativa".

Non c'è alcuna intenzione di procedere ad un'interpretazione di questo testo provvisorio, lasciandola tutta al lettore che possa essere interessato. Ma qualcosa a commento merita di essere detta, cioè la persistenza – c'è da pensare inconsapevole, ma non certo incolpevole - nell'ignorare la buona tecnica legislativa, per cui ci affretta a sanare carenze messe a nudo in sede di applicazione con interpretazioni ed integrazioni sovrapposte a forza; tant'è che si continua a ragionare tenendo ferma la fatidica data del 15 novembre 2009, come se non fosse già iniziato il nuovo periodo o tornata della contrattazione nazionale, al 1° gennaio 2010, o non fosse già scaduto il termine per l'adeguamento della contrattazione integrativa a suo tempo vigente, con conseguente sua inefficacia/inapplicabilità, dal 1° gennaio 2011, eccezion fatta per il "comparto regioni e autonomie locali". Se anche questo fosse riconducibile al *modus operandi* di un decreto legislativo correttivo, verrebbe pur sempre da dire "*this is your problem, not mine*".

12. Il lavoro della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni Pubbliche (CIVIT)... ed il posticipo dell'avvio.

Non si può dire che la Civit se ne sia stata con le mani in mano, almeno a leggere la sua relazione relativa al primo anno di esperienza (22 dicembre 2009 - 29 dicembre 2010). Nonostante un *deficit* strutturale ed organizzativo, è riuscita a rispettare un certo ruolino di marcia, emanando e seguendo una serie di deliberate in materia di: costituzione degli Oiv presso la quasi totalità delle amministrazioni centrali; messa punto attraverso un dialogo con gli Oiv degli indirizzi relativi ai parametri e modelli di riferimento del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*; definizione della struttura e modalità del piano della *performance*, con a coda un'attività di consulenza; soluzione di una prima problematica emersa in relazione alla valutazione individuale,

specie dopo l'adozione da parte del Governo della c.d. manovra d'estate di cui al d. l. n. 78/2010; elaborazione delle linee guida del Programma triennale della trasparenza e l'integrità; determinazione delle linee guida per la definizione degli standard di qualità dei servizi pubblici.

Si può prender per buono quanto sopra, ma nulla toglie al discorso fatto a suo tempo: un ruolo siffatto, necessario per l'avvio, rimane di per sé insufficiente per l'effettivo svolgimento di un processo di implementazione estremamente complicato in sé e diversificato in rapporto all'universo coinvolto. Di certo un componente della CiVIT ha creduto di dover manifestare tutto il disagio maturato nel corso del suo breve apprendistato, dando le dimissioni.

Incidente di percorso niente di più, si potrebbe anche commentare, dato che la CiVIT vi è ovviamente sopravvissuta. Ma l'incidente successivo è stato ben diverso, tanto serio e grave da ridurre quasi a zero la velocità della riforma, tanto da far ritenere che in verità si possa considerare bloccata con a rischio, secondo la voce più critica, la stessa possibilità di una ripartenza: secondo un copione tutt'altro che nuovo, è intervenuto il d. l. 31 maggio 2010, n. 78, noto come la manovra d'estate, con uno scontato "blocco retributivo", eufemisticamente battezzato nella rubrica del suo art. 9, come "Contenimento della spese in materia di impiego pubblico". Copione tutt'altro che nuovo, si è detto, ma con un impatto ben diverso rispetto al passato, perché pare ridurre al minimo la fornitura della benzina necessaria alla macchina messa a punto dal Ministro Brunetta, cioè la disponibilità finanziaria necessaria ad alimentare quella retribuzione di risultato, utilizzabile ed utilizzata sia come misura sia di incentivazione (concedendola) sia di penalizzazione (negandola): "blocco retributivo" per il triennio 2011, 2012 e 2013, eccezion fatta per la sola indennità di vacanza contrattuale, con il contestuale divieto di riconoscere un trattamento economico complessivo, ivi incluso l'accessorio, superiore a quello ordinariamente spettante nell'anno 2010. Il che, però, tradotto in soldoni, poteva rendere non solo inutile ma pericoloso il persistente ricorso a quell'art. 19 del d. lgs. n. 150/2009, che prevede tre fasce per la distribuzione da parte della contrattazione integrativa delle risorse riconosciute *ex novo* al trattamento accessorio legato alla *performance* individuale, dando per scontato che ve ne siano. Il perché è semplice dato che, se anche di tali risorse non ve ne fossero, sarebbe pur sempre necessario applicare l'art. 19 nel rispetto dell'art. 54, laddove intervenendo a modificare l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che "la contrattazione integrativa ... destina al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato". Ma una ridistribuzione fra le tre fasce del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale, effettuata in modo da far di questo la componente maggioritaria di quello complessivo - visto come esteso a quanto non compreso nel trattamento fondamentale – potrebbe ben esporre al rischio di una diminuzione retributiva per una parte del personale, a cominciare dalla percentuale collocata nella terza delle tre fasce.

Di ciò è stato costretto a prendere atto lo stesso Ministro Brunetta siglando, il 4 febbraio 2011, con Cisl, Uil (con la chiamata fuori della Cgil) quell' "Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego"³⁹² che al suo punto 2 dice testualmente: "Le parti convengono che le retribuzioni complesive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso del 2010, non devono

³⁹² V. in www.innovazionepa.gov.it

diminuire, per effetto dell'applicazione dell'art. 19 del d.lgs. 150/09 ..."; anche se, poi, per attenuare l'impatto politico e sindacale, aggiunge al successivo punto 3, con un effetto più nominale che reale, dato il modesto apporto conseguibile dal c.d. dividendo di efficienza ivi previsto: "A tale scopo per l'applicazione dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009 potranno essere utilizzate esclusivamente le risorse aggiuntive derivanti dall'applicazione del comma 17 dell'art. 61 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni, dalla legge 133/2008 ...".

Non è il solo contentino offerto alle confederazioni sindacali firmatarie, cioè Cisl ed Uil, perché al punto 4 si prefigurano "Al fine di valorizzare le esperienze e i risultati in via di conseguimento, in termini di miglioramento degli indicatori di *performance* delle amministrazioni ... in sede nazionale, apposite commissioni con il compito di monitorare e analizzare i risultati prodotti", con un ritorno di organi partecipati destinati certo ad impattare su quelli formalmente terzi, quali costituiti dalla CiVIT e dagli Oiv.

L'occhio, però, è rivolto anche al decollo del nuovo sistema tant'è che, proprio in fondo, al punto 5 "Il Governo s'impegna a definire entro 15 giorni ... un atto di indirizzo all'Aran per la stipulazione di un accordo quadro che regoli il sistema di relazioni sindacali previsto dal decreto legislativo n. 165/2001, alla luce della riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009³⁹³, firmata il 30 aprile 2009 per i comparti del pubblico impiego ...", con l'assunzione di un rapido adeguamento del sistema contrattuale dell'impiego pubblico privatizzato al modello tradotto nell'accordo del 2009, anch'esso, come questo, "separato", sottoscritto da Cisl ed Uil, ma non dalla Cgil.

Quel di cui non si dà conto è il *tourbillon* sollevato dal congelamento delle "rappresentanze" a' sensi dell'art. 65, co. 3., d.lgs. n. 150/2009. Secondo quanto prevedeva originariamente, l'Aran avrebbe dovuto avviare "le trattative contrattuali con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative, ai sensi dell'articolo 43, commi 1 e 2, del decreto legislativo 165 del 2001, nei nuovi comparti ed aree di contrattazione collettiva, sulla base dei dati associativi ed elettorali rilevati per il biennio contrattuale 2008/2009. Conseguentemente, in deroga all'art 42, comma 4, del predetto decreto legislativo n. 165 del 2001 sono prorogati gli organismi di rappresentanza del personale anche se le relative elezioni siano già state indette. Le elezioni relative al rinnovo dei predetti organismi di rappresentanza si svolgeranno, con riferimento ai nuovi comparti di contrattazione, entro il 30 novembre 2010".

In seguito il D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25 al suo articolo 1, comma 20-ter, ha eliminato le parole messe in corsivo; e allo stesso art. 1, comma 20-bis, ha stabilito "Ai fini della partecipazione alle trattative per i rinnovi dei contratti collettivi di lavoro relativi agli anni 2010-2012, si fa riferimento alla rappresentatività delle confederazioni e delle organizzazioni sindacali accertata in base ai dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009. Conseguentemente, ai soli fini della verifica della sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 43, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per la sottoscrizione dei contratti, la media tra dato associativo e dato elettorale è rideterminata nei nuovi comparti ed aree di contrattazione sulla base dei dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009".

³⁹³ Si v. M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, 3, 353 ss.

Alla fine di questo lavoro di taglia e cuci, si continua a dar per scontata la conclusione dell'accordo quadro prima della fatidica data del 30 novembre 2010 con l'individuazione delle nuove *bargaining unit* rispetto a cui effettuare le elezioni; cosa non avvenuta, tanto da far concludere all'Aran che le RSU non decadessero col maturare di quella data ma che continuassero "nello svolgimento delle loro funzioni fino al prossimo rinnovo contrattuale, mantenendo, altresì, invariate tutte le prerogative alle stesse riconosciute dalle disposizioni legislative e contrattuali vigenti"³⁹⁴.

Ma fino a quando? Al che ha cercato di dare una risposta il parere del Consiglio di Stato del 12 gennaio 2011 secondo cui, pur a dar per scontato che un dispositivo eccezionale, quale l'art. 1 comma 20-bis del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 come modificato dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, "abbia cristallizzato il calcolo del peso specifico dei sindacati, nelle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi 2010-2012, ai dati di rappresentatività certificati nel biennio 2008-2009", questo non osta "che dopo il termine del 30 novembre 2010 si riespande il diritto al rinnovo degli organi di rappresentanza sindacale di cui all'art. 42, comma 3, del d. lgs. 165 del 2001". Sicché, qualora "prima del decorso ... del triennio si arriverà alla definizione dei nuovi comparti previsti dalla riforma sarà necessario indire con immediatezza le nuove elezioni, e le rappresentanze sindacali in carica secondo le vecchie regole rimarranno in carica fino all'insediamento dei nuovi eletti nei comparti revisionati".³⁹⁵

A prescinder da questa vicenda che ha avuto una sua storia tutt'ora aperta, l'intesa ha sollevato un vespaio, con a suo momento più emblematico lo scambio di accuse e difese, in due articoli pubblicati sul Corriere della Sera, il 7 febbraio 2011 a firma di Pietro Ichino e l'8 a firma di Renato Brunetta. Senza riprendere qui una polemica quasi inevitabilmente sfociata dal piano tecnico a quello politico, dati i ruoli delle parti in conflitto, c'è da osservare che se è vero quanto obbiettato da Brunetta, che l'art. 19 non è stato affatto abrogato, restando buono per un futuro prossimo venturo; è, altresì, vero quanto sostanzialmente affermato da Ichino, che, cioè, il presente è quello che è, mentre "del futur non c'è certezza".

Il fatto è che a risentirne è l'intero meccanismo collocato a monte, con riguardo al ciclo della *performance*, destinato a lavorare a vuoto, nonché l'intero regime dislocato a valle, con rispetto all'incentivazione, condannato allo stallo: non solo l'art. 19, con la sua graduatoria su tre fasce, fatta in base alla *performance* individuale, ma anche l'art. 54, intervenuto a modifica dell'art. 40 del d. lgs. n. 165/2001, con la sua ulteriore graduatoria su almeno tre livelli di merito, realizzata in forza della *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici economici, al fine della ripartizione da parte della contrattazione nazionale delle risorse destinate a quella integrativa. E non rimane certo immune neppure l'art. 45, laddove modifica l'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui i contratti collettivi nazionali devono incrementare progressivamente la retribuzione di risultato dei dirigenti, fino a portarla almeno al 30% della retribuzione complessiva "entro la tornata successiva a quella decorrente dal 1° gennaio 2010": fatto, quest'ultimo, tutt'altro che da poco, perché proprio sulla consistenza percentuale della retribuzione di risultato è basata gran parte della tecnica sanzionatoria messa al servizio della responsabilità dirigenziale e disciplinare, vera e propria arma "segreta" della riforma Brunetta.

³⁹⁴ V. Circolare Aran del 26 novembre 2010, n. 10770, in www.aranagenzia.it

³⁹⁵ Parere del Consiglio di Stato, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 550 in www.giustizia-amministrativa.it V. al riguardo L. ZOPPOLI, *Contratti collettivi e circuiti della rappresentanza. La "riforma Brunetta" due anni dopo*, in corso di pubblicazione in *Dir. Lav. Merc.*, 2001, 1.

Senza soldi, così com'è stata pensata, la riforma Brunetta non macina; se, una volta intervenuti i soldi, possa farlo non è possibile dirlo ora, ma certo c'è il dubbio che la ricetta di una dirigenza, al tempo stesso blindata e limitata *ex lege* nell'esercizio delle sue prerogative, secondo una modelistica uniforme e rigida fino a trasformarsi in qualcosa paragonabile ad una camicia di forza, non sia la migliore. Ma, verrebbe da aggiungere, neanche la ricetta precedente risulta aver guarito la grande ammalata, sicché occorrerebbe spostare l'attenzione all'organizzazione, come un qualcosa che precede e condiziona la stessa gestione dei dipendenti, senza, peraltro, presumere che un miglioramento significativo della pubblica amministrazione possa avvenire in difetto di un mutamento di mentalità, cultura, professionalità degli addetti, cioè, a guardare ad occhi aperti la nuda e cruda realtà di un ricambio generazionale.

Giustizia sociale, stato, diritti*

Giuseppe Vecchio

Premessa.	166
Giustizia sociale e sistema di tutele attuative: il problema del fondamento.	169
Il modello proprietario e la rappresentazione delle relazioni secondo lo schema del 'diritto soggettivo'.	170
La crisi del modello bipolare stato-individuo, le tensioni culturali verso il 'diritto sociale', l'affermazione dello stato interventista.	171
La degenerazione totalitaristica dello stato liberale autoritario e il fallimento del modello nazional-corporativo.	173
Democrazia, principio lavoristico e riconoscimento dei valori solidaristici.	174
Il modello della cittadinanza personalistica: pluralità di fondamenti e articolazione delle tecniche di tutela.	175
Giustizia sociale, diritti sociali e tecniche di soddisfazione dell'aspettativa nel modello della cittadinanza personalistica.	177
Giudici e nuovi diritti	177
Consensualità ed effettività nella realizzazione di aspettative.	178
Crisi fiscale dello Stato sociale, diritti sociali e condizionamento economico della loro effettività.	179
Essenzialità e regime dei diritti sociali in Italia.	181
Essenzialità come criterio di delimitazione delle competenze legislative e presidio del contenuto omogeneo della cittadinanza.	182
Essenzialità come incomprimibilità del contenuto minimo essenziale dei diritti.	183
Essenzialità e "corresponsabilizzazione" dei privati.	183
Prime conclusioni.	184

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 120/2011

Premessa.

Il tema della ‘giustizia sociale’ impone di misurarsi con la problematica delle tecniche giuridiche di formalizzazione e mediazione dei ‘bisogni’ e con le concezioni dei rapporti fra diritto, società e Stato. Agli studiosi di diritto civile, in particolare, impone di ripensare molte ipotesi formulate nel corso degli ultimi anni.

Per un verso, il documento *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti (Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo)*³⁹⁶ e il lavoro di molti studiosi sembrano puntare alla ricerca di strumenti di garanzia della ‘giustizia sociale’ nell’ambito di uno impegno comunitario per la rielaborazione dei regimi contrattuali.

Per altro verso, con molta più incidenza, dottrina e giurisprudenza si sono impegnate a sviluppare un sistema di tutele, fondate sull’uso del regime della responsabilità extracontrattuale, per supplire la sempre più manifesta assenza di azione legislativa nella regolazione dei rapporti di convivenza civile³⁹⁷.

La seconda opzione, fermo restando l’interesse che suscita per la ricerca sui processi di produzione normativa sociale diffusa, fa correre il rischio di una sostanziale ‘imprevedibilità’ delle regole di condotta in sistemi giudiziari non vincolati allo “stare decisis” ed è già oggetto di ampia riflessione³⁹⁸.

Diversamente, la distinzione tra ‘giustizia sociale’ e ‘giustizia contrattuale’ (che può emergere dall’analisi dei tentativi di cercare altri percorsi per garantire al diritto di svolgere ancora una funzione regolatoria di carattere generale), sembra costituire un significativo motivo conduttore e può suscitare interesse come strumento fondamentale per definire il complesso *equilibrio socialmente accettabile* dei rapporti e le *aspirazioni massimizzatrici* di ciascun operatore.

In questa prospettiva, risulta abbastanza chiaro che l’approccio che tende a sovrapporre ‘giustizia sociale’ con ‘giustizia contrattuale’ è insufficiente. Le ragioni ‘ideologiche’ dell’insufficienza sono di immediata evidenza. Si tratta del tentativo, fin troppo scoperto, di rivestire una concezione liberale, individualista e, tendenzialmente, antistatalista di una veste ‘solidaristica’. La sensazione che se ne ricava è quella di una forzatura all’interno dello schema contrattuale (e delle concezioni che lo presidiano da qualche secolo) di esigenze vitali che con la logica contrattuale hanno poco da spartire.

Forse, si potrebbe osservare che il tema della giustizia sociale, più che essere limitato alla riflessione sugli strumenti di correzione del contratto, dovrebbe essere proiettato verso la ricerca delle

³⁹⁶ AA.VV. Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei Contratti, Giappichelli, 2007, ed ivi contributi di P. G. ALPA, C. AMATO, M. BARCELLONA, H. COLLINS, S. GRUNDMANN, B. LURGER, P. G. MONATERI, B. PASTORE, S. RODOTÀ, R. SEFTON GREEN, G. VETTORI, T. WILHELMSON, A. SOMMA.

³⁹⁷ M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, <http://www.Judicium.it.>; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1989, 539 s; A NICOLUSSI, *Oblighi familiari di protezione e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, 24 dicembre 2009, <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/016692.aspx>

³⁹⁸ Per un rapido quadro, anche con riferimento al Draft Common Frame of Reference, oltre all’intera produzione della rivista *Persona e danno*, diretta da P. Cendon, si veda, G. ALPA, *Il danno non patrimoniale rivisitato*, 21, gennaio, 2010, <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/020113.aspx>

'ragioni' che giustificano posizioni di reciproca 'doverosità', in una dimensione 'orizzontale' (cioè di regole che definiscono le posizioni reciproche dei privati, prima e a prescindere dall'intervento dello Stato)³⁹⁹.

Probabilmente, bisogna partire da lì per cogliere a pieno il processo: il diritto dei contratti non è la sede propria della giustizia sociale. Si potrebbe dire, anzi, che il diritto dei contratti è una soltanto, e non la più significativa, delle sedi nelle quali si può tentare di riscontrare strumenti utili per la realizzazione della giustizia sociale⁴⁰⁰.

Il sistema delle relazioni fra privati è ridotto, forzosamente, in termini di diritto contrattuale per quella opzione ideologica cripto-liberale che anima il documento dei 'privatisti europei'.

A ben vedere, già nel modello liberale classico (quello del primo ottocento) il diritto dei contratti (con la sua pretesa di artificiosa parificazione delle parti) costituiva solo un segmento del diritto privato. In quel modello, paradossalmente più che nei modelli moderni ad alto impatto 'pubblico-stico', il problema della giustizia sociale era devoluto al diritto civile⁴⁰¹.

La famiglia costituiva l'area di rapporti non corrispettivi, fondati sul riconoscimento di doveri scaturenti dal 'fatto' relazionale (parentela, affinità)⁴⁰².

La proprietà costituiva la garanzia del consolidamento delle capacità acquisitive e misurava il merito. Contemporaneamente, garantiva previdenza e sicurezza⁴⁰³.

L'eredità costituiva l'espressione della circolazione non mercantile della ricchezza sulla base di ragioni di solidarietà generazionale. Ancora oggi, immagino che quote non secondarie di ricchezza (mi potrei azzardare a dire di quote di 'prevalenza silenziosa', come i patrimoni immobiliari, azionari, il risparmio, ecc.) circolino per ragioni ereditarie e non per ragioni imprenditoriali o consumeristiche⁴⁰⁴.

La riconsiderazione dell'insieme di queste relazioni e delle sue trasformazioni costituisce un primo terreno di valutazione della rilevanza del diritto privato per la giustizia sociale.

Un secondo ordine di problemi riconducibili alla giustizia sociale è riscontrabile sul piano dell'articolazione dei diritti nei confronti dello Stato⁴⁰⁵.

³⁹⁹ R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, 2007. F. LANCHESTER, *I doveri nel diritto costituzionale comparato*, Relazione al convegno di Messina: *Pour un équilibre entre droits de l'homme et devoirs de l'homme Colloque international (5-6 Dicembre 2008)* in *Parlalex, Archivio di legislazione comparata*, diretto dal Prof. Fulco Lanchester, <http://www.parlalex.it/pagina.asp?id=2935>; N. Bobbio, M. Viroli, *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 40; S. Mattarella, *Sui doveri*, in *Il senso della repubblica. Frontiere del repubblicanesimo* (a cura di S. Mattarella), FrancoAngeli, Milano 2007, p. 61 ss.

⁴⁰⁰ D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, 2008.

⁴⁰¹ È più facile trarne una testimonianza riflessa dagli studi sulla 'reazione' alla crisi del diritto civile nel passaggio epocale di fine ottocento. G. FURGUELE, *La "Rivista di diritto civile" dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, pp. 519-630; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁴⁰² N. IRTI, *Società civile*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 91 ss.; P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, 1970.

⁴⁰³ M. SESTA, *Lettura*, in A. CICU, *Il diritto di famiglia*, A. Forni Ed., 1978.

⁴⁰⁴ A. Zoppini, Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche, (relazione presentata al convegno *Verso nuove forme di welfare*, Stresa, 26-27 aprile 2002). http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zoppini/pdf/zoppini_6.pdf

⁴⁰⁵ G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 448 s.

A fronte delle trasformazioni moderne, indotte dall'intervento dello Stato nell'economia e nelle relazioni sociali, si sta sviluppando un nuovo schema di rapporti fra pubblico e privato. Nella logica del welfarismo, la politica svolgeva il ruolo di distributore delle risorse attraverso meccanismi di attribuzione 'consapevole' e 'programmata' delle risorse. Il superamento del welfarismo e la critica al ruolo della politica nella distribuzione, paradossalmente, stanno producendo un effetto inimmaginabile ex-ante: il tentativo di liberare lo Stato dal condizionamento delle politiche sociali si sta trasformando nell'affermazione di una posizione 'doverosa' dello stato. Lo Stato non ha più poteri di incidenza sulle politiche allocative, perché la consapevolezza e la ricostruzione in termini di diritti delle aspettative di tante categorie di soggetti stanno capovolgendo la logica tradizionale. Lo Stato non programma più la possibilità di soddisfare le aspettative, ma, sempre più spesso, è costretto a programmarsi e riprogrammarsi in relazione ai diritti riconosciuti⁴⁰⁶.

È una trasformazione della democrazia che attribuisce allo stato una posizione sussidiaria rispetto ad una società sempre meno capace di adempiere agli obblighi di solidarietà.

In questo quadro, il rapporto fra Stato e cittadino risulta sempre più caratterizzato da una logica 'civilistica' di doverosità non contrattuale, assimilabile alla logica dei rapporti familiari di regime liberale classico. Tale schema si è progressivamente esteso nell'acconciare sotto un modello omogeneo di responsabilità obbligati pubblici e privati, distinguendo sempre meno i ruoli e affermando, sempre più, una logica di doverosità 'diffusa' o 'pubblica'⁴⁰⁷.

Il 'linguaggio' nel quale si è espresso, finora, il nuovo modello di rapporti è stato, prevalentemente, quello della responsabilità civile.

Nella difficoltà di definire un protocollo generale delle responsabilità e delle risorse necessarie a fronteggiarle, il modulo della responsabilità civile ha progressivamente esteso la sua funzione in termini di supplenza di altri strumenti regolatori, sconfinando, in alcuni casi, oltre i limiti tradizionali del regime (come nel caso della *responsabilità da contatto sociale*).

Ovviamente, il modulo non poteva essere applicato se non in sede giurisdizionale e, quindi, sulla base di letture 'politiche' dei giudici.

La domanda sulla quale occorre riflettere può, dunque, essere se sia possibile pensare un sistema giuridico in grado di esprimere le ragioni della "vita sociale" in termini più ricchi, articolati e 'comprendensivi' di quanto non si possa fare con il solo strumento del diritto dei contratti.

Cioè, se sia possibile immaginare un sistema dei diritti e dei doveri che possa garantire una 'giustizia' che vada oltre la correzione (solo apparentemente semplice) della 'volontà delle parti all'interno di rapporti contrattuali e corrispettivi.

Occorre chiedersi se sia ancora possibile ricondurre la funzione regolatoria nelle mani dello Stato, superare la concezione meramente erogatoria della funzione pubblica, riattivare processi di valorizzazione della sussidiarietà orizzontale e della risorsa diffusa della doverosità sociale.

In questa prospettiva, un problema annoso, come quello della consistenza dei diritti sociali, potrebbe presentarsi in una prospettiva completamente diversa da quella di tradizionale inquadramento.

⁴⁰⁶ C. Cass. Sezione Terza Civile Sentenza n. 18378 del 6 agosto 2010.

⁴⁰⁷ È sufficiente ripercorrere la più recente giurisprudenza in materia di 'diritti sociali' e di relativa giurisdizione.

Giustizia sociale e sistema di tutele attuative: il problema del fondamento.

Il complesso processo di continua ricerca della ‘giustizia sociale’ nel corso degli ultimi due secoli andrebbe ricostruito a partire dall’analisi di almeno tre nuclei problematici:

- a) *L’individuazione dei ‘poteri’ legittimati a definirne il contenuto (stato, mercato, istituzioni sociali, ecc.).* Le scelte di ‘giustizia sociale’ (come, più in generale, qualunque scelta di ‘giustizia’) sono espressione di decisioni che promanano da fonti legittime e si traducono in prescrizioni che tendono a garantire l’equilibrio delle relazioni fra gli uomini. Solo nell’esperienza post-illuministica si è sviluppato un processo che tendeva ad assimilare e ridurre le fonti delle scelte allo stato, con la rimozione progressiva e controversa, in alcuni casi autoritativa, della funzione di governo delle aspettative di ‘giustizia sociale’ di ogni altra ‘istituzione’⁴⁰⁸. A ben vedere, sin dalle prime manifestazioni di tensione fra interessi collettivi e interessi individuali, fra interessi generali e interessi individuali si è riscontrata la necessità di riconoscere e mediare rapporti fra lo stato e altri poteri presenti nella società⁴⁰⁹.
- b) *le tecniche che ne rendono possibile l’attuazione (sistema dei ‘diritti’, altre forme di riconoscimento delle aspettative).* Le tecniche di concretizzazione e garanzia di realizzazione delle scelte di ‘giustizia sociale’ non sono irrilevanti rispetto all’architettura dei vari progetti. La qualificazione come ‘diritti’ dei poteri di sollecitazione dei procedimenti che garantiscono l’attuazione delle scelte, sia come attribuzione originaria, sia come tutela del suo esercizio, costituiscono l’aspetto ‘tecnico’, apparentemente neutro, del sistema di ‘giustizia’. Il riconoscimento della qualifica svolge, tuttavia, funzioni ben più complesse: da una parte, esprime un contenuto evocativo del modello storico più diffuso di organizzazione sociale, segnatamente quello della società dei proprietari; dall’altra, costituisce una sorta di indicatore del grado di ‘maturazione’ della tecnica di tutela, acquisito tutte le volte in cui sia possibile ricondurre la stessa alla ‘forma’ del diritto.⁴¹⁰
- c) *i ‘poteri’ e le tecniche istituiti per l’attuazione degli equilibri fra gli interessi concorrenti e per il loro controllo (giudici, amministrazioni pubbliche, autorità indipendenti).* La complessità e l’articolazione delle situazioni rilevanti per la ‘giustizia sociale’ e, soprattutto, l’eterogeneità dei modelli di attribuzione determinano un pluralismo di tecniche applicative e di controllo del potenziale conflitto reciproco. Esse proiettano sulla scena giuridica la gerarchia dei valori socialmente rilevanti e delle scelte di organizzazione dei rapporti sotto forma di articolazione delle sedi di decisione del conflitto e di ricostruzione delle compatibilità fra i valori in gioco⁴¹¹.

Nel corso degli ultimi due secoli, gli assetti interni a ciascuno dei sopraelencati nodi problematici hanno subito profonde e radicali trasformazioni, che possono essere lette alla luce dei diversi modelli di relazione tra pubblico e privato, tra cittadini e poteri pubblici, che si sono di volta in volta affermati nei diversi ordinamenti nazionali e che, in alcuni di essi, hanno dato luogo alla

⁴⁰⁸ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 121 ss.

⁴⁰⁹ MANNORI L., SORDI B., *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa, Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, cit. pp59 e ss., pp. 88 e ss.

⁴¹⁰ Mannori, Sordi, cit.

⁴¹¹ Mannori, Sordi, cit.

singolare differenziazione dei riconoscimenti delle aspettative e dei corrispondenti regimi di tutela (diritto soggettivo/giudice ordinario, interesse legittimo/giudice amministrativo).

Una lettura, sia pur schematica e sommaria, di tali diversi modelli, da un lato, consente di cogliere la storica determinatezza del valore normativo del termine ‘diritto’; dall’altro, di evidenziare la continua tensione a proiettare nella mediazione giuridica i problemi connessi alla realizzazione e alla tutela dei valori sociali rilevanti⁴¹².

Il modello proprietario e la rappresentazione delle relazioni secondo lo schema del ‘diritto soggettivo’.

Il modello proprietario corrisponde all’ideale di Stato liberale/società di mercato, nel quale si tende ad eliminare ogni interferenza ‘sociale’, considerata espressione di autorità estranee al rapporto lineare stato-individuo. Lo stato assume, in questo modello semplificato, la funzione di semplice garante del libero gioco dei singoli. Si tratta, cioè, di un modello bipolare stato-individuo, caratterizzato dal sistema dei ‘diritti di libertà’ e dalla tendenziale esclusività della mediazione giudiziaria.⁴¹³

La ‘giustizia sociale’ scaturirebbe dall’azione della ‘mano invisibile’, frutto di una sorta di razionalità ‘statistica’, capace di premiare i meritevoli e sanzionare gli ‘immeritevoli’. L’azione del giudice sarebbe quella di ripristinare le legittime posizioni dei singoli rispetto alle ‘ingiuste’ turbative⁴¹⁴.

Il processo di affermazione del principio individualistico muove dalla tensione per la rottura dei legami autoritari che impedivano la libertà di manifestazione dell’individualità ed ha come obiettivo principale quello di costituire un’autorità neutrale, terza ed espressione della volontà collettiva degli individui.

Esso costituisce un nuovo concetto di “pubblico”, come espressione di una funzione di pertinenza esclusiva dello Stato e non più come oggetto di appartenenza comune e indifferenziata⁴¹⁵.

Ai vari ‘patti’ di origine feudale, volti a costituire specifici vincoli fra gli uomini in ragione delle funzioni sociali svolte da ciascuno, essenzialmente nell’ambito dell’uso della forza e dell’esercizio della difesa, della mediazione religiosa, della mediazione culturale, si sostituì un patto generale, non individualizzato e sostanzialmente anonimo. Lo stato ottocentesco era il risultato concreto delle concezioni moderne di ‘contratto sociale’ come patto limitativo dell’uso della forza e attributivo del monopolio della stessa al Leviatano che garantiva a ciascuno una eguale libertà di azione, fuori da ogni specifico vincolo, esclusivamente subordinata alla volontà generale di tutelare lo spazio vitale di ciascuno.

In questa prospettiva, i ‘diritti’ erano gli strumenti che garantivano i singoli dalle interferenze di qualunque potere, in particolare dall’interferenza dello stato, nella sfera d’esercizio delle libertà e di realizzazione dell’individualità⁴¹⁶.

⁴¹² U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, il Mulino, 1989.

⁴¹³ GROSSI P., *Proprietà e contratto*, in *Lo Stato moderno in Europa, Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Laterza, 2002, pp.128 e ss.

⁴¹⁴ M. ALBERTONE, *Fisiocrazia e proprietà terriera*, Papers, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, settembre 2005

⁴¹⁵ M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*. Giuffrè, Milano, 1996.

⁴¹⁶ R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il mulino, Bologna, 1978; B. ALBANESE *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in: *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, 4 (Milano 1963), 1-13

Il modello, ovviamente, presupponeva un paradigma proprietario delle posizioni e dei comportamenti, intendendo come tale lo schema che riconduce il conseguimento della ‘felicità’ alla possibilità di ciascuno di disporre liberamente e senza condizionamenti delle proprie risorse (comprese quelle lavorative, che erano le uniche di cui disponeva la maggior parte degli uomini).

Proprietà e contratto (anche di lavoro) costituivano il terreno di esercizio dei diritti e delle funzioni di garanzia dei giudici.

La pienezza della cittadinanza e della partecipazione spettava a chiunque avesse, in concreto, diritti (misurabili censitariamente) da tutelare.

La riprova del primato attribuito al modello culturale e politico liberale anche nella sfera giuridica si può ricavare dalla vicenda del tentativo di abolizione delle sedi ‘non giudiziarie’ di risoluzione dei conflitti con il potere politico.

L’abolizione del contenzioso amministrativo e l’emanazione dell’Allegato E alla legge 2248 del 20 marzo 1865, costituisce, ancora, una rappresentazione emblematica del tentativo di riaffermare la forza dei ‘diritti soggettivi’ (cioè dei diritti ‘privati’ dei cittadini) nei confronti di qualunque potere e l’espressione più avanzata del processo di bipolarizzazione individuo-stato⁴¹⁷.

La crisi del modello bipolare stato-individuo, le tensioni culturali verso il ‘diritto sociale’, l’affermazione dello stato interventista.

L’insufficienza del modello liberale ideale si manifesta nella necessità dello Stato di riequilibrare i sostanziali (e sociali) rapporti di forza che impediscono la realizzazione del sistema di mercato. Essa impone profonde trasformazioni dell’intero quadro. Lo stato che si limitava a garantire le regole del gioco, con interventi che tendevano sostanzialmente ad inibire gli abusi dei singoli, si trasformava progressivamente in uno stato che imponeva equilibri; dettava i contenuti dei rapporti; si sostituiva alla *mano invisibile* nel ruolo di ‘garante’ del mercato e di decisore delle scelte di allocazione di risorse⁴¹⁸.

La rottura del modello paternalistico di ‘antico regime’ aveva prodotto la ‘liberazione’ dei lavoratori e, soprattutto, la ‘liberazione’ dei datori di lavoro da qualunque vincolo e legame sociale.

Il ‘servo’ divenuto ‘bracciante’ poteva apprezzare il costo della libertà e correre il rischio della contrattualizzazione del suo rapporto.

Il piccolo imprenditore, a sua volta, doveva misurarsi con la crescita esponenziale dei ‘poteri’ del grande apparato industriale.

Divenne ben presto impellente la necessità di modificare il modello liberale ideale di rapporto fra Stato e mercato, sia per quanto riguardava il regime lavoristico, sia per quanto riguardava il regime ‘industriale’.

⁴¹⁷ SAMBATARO S., *L’abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 1977.

⁴¹⁸ MANNORI L., SORDI B., *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa, Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, cit. pp59 e ss., pp. 88 e ss.

In Italia e in Germania (Prussia) - seguendo in parte l'esempio del Secondo Impero francese che Bismarck aveva avuto modo di osservare da ambasciatore a Parigi - si afferma un modello tendenzialmente autoritario, che muove dalla dissoluzione dello stato di diritto liberale e si proietta verso lo stato totalitario, orientato a 'nazionalizzare' tutte le manifestazioni di socialità e fondato sulla mediazione istituzionale-amministrativa⁴¹⁹. Al suo interno, tutte le posizioni dei singoli vengono progressivamente trasformate in 'funzioni', con una significativa riduzione dell'area dei 'diritti'.

Alla fine del secolo, si scontravano tre culture che tentavano di risolvere la "crisi dello Stato moderno".

La cultura cattolica tentava di riproporre un primato della società civile nei confronti dello Stato e del mercato, incontrando, al proprio interno, il limite grave della difficoltà di misurarsi con i processi di democratizzazione in fase di sviluppo⁴²⁰.

La cultura socialista tentava di proporre un modello di democrazia di massa, fondato sull'azione sindacale, cooperativistica e municipale, assumendo il suffragio universale in sede elettorale come strumento per risolvere il conflitto fra istanze di socialità e processi di formazione del capitalismo nascente⁴²¹.

La cultura nazionalista, solo in parte figlia del liberalismo tradizionale, tentava di risolvere gli inegabili conflitti tra istanze sociali e istanze del nuovo mercato affermando un ruolo attivo dello Stato, una sua funzione di sintesi, una sua capacità di svolgere mediazioni fra diverse esigenze nella logica dell'unità nazionale.

L'operazione condotta da Crispi, con la legislazione della fine degli anni ottanta, fu quella di istituire un nuovo modello di Stato nazionale⁴²².

Seguendo l'esempio germanico (prussiano, in particolare), si tentò di riorganizzare l'assistenza e la previdenza, di sostenere la formazione del capitalismo, di istituire un sistema di tutele giuridiche più adeguato alle nuove caratteristiche del rapporto fra Stato interventista e cittadini⁴²³.

Si sostituirono gli ultimi capisaldi della solidarietà espressa dalla società tradizionale in forma di *carità*, con un processo di generalizzazione e pubblicizzazione dell'*assistenza*, intesa come supporto pubblico alle condizioni di *povertà* e di bisogno⁴²⁴.

Si costituivano le premesse per la formazione di un grande circuito di finanziamento del capitalismo, con la legislazione sulle Casse di Risparmio⁴²⁵.

⁴¹⁹ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, Sansoni, 1937, pp. 109 ss.; F. DEMIER, *Lo stato sociale, I progressi dello stato sociale*.

⁴²⁰ F. TRANELLO, *Democrazia cristiana*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, http://www.treccani.it/Portale/elements/categoriesItems.jsp?pathFile=/sites/default/BancaDati/Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali/VOL02/ENCICLOPEDIA DELLE SCIENZE SOCIALI Vol.2 134.xm.

⁴²¹ CANFORA L., *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, 2008, pp.176 e ss.

⁴²² Per un'analisi approfondita della vicenda, ISAP, *Le riforme crispine*, 4 vv., Giuffrè, Milano, 1990.

⁴²³ G. ASTUTO, *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*. Carocci ed.2009.

⁴²⁴ Legge 17 luglio 1990 n° 6972

⁴²⁵ Legge 15 luglio 1888, n. 5546

Si istituiva un primo nucleo essenziale di servizio sanitario, con la generalizzazione del servizio del medico condotto e con la disciplina generale delle attività sanitarie⁴²⁶.

Si istituiva la IV Sezione del Consiglio di Stato (prima sezione giurisdizionale), modificando radicalmente il progetto sotteso alla legge di abolizione del ‘contenzioso amministrativo’⁴²⁷

Prendeva corpo un progetto significativamente alternativo al modello di Stato liberale. Il confronto fra le tre culture istituzionali e politiche veniva, momentaneamente, chiuso con l'affermazione della linea nazionalista e si ponevano le condizioni per la trasformazione verso modelli caratterizzati da un sempre maggiore peso dell'intervento statale. La vicenda fu vissuta dai contemporanei come un processo di affermazione dell'autorità statale, pur nel tentativo estremo di salvaguardare i principi liberali⁴²⁸. Solo dopo qualche decennio, Santi Romano ne avrebbe colto per intero la portata eversiva rispetto alle concezioni tradizionali dello Stato liberale⁴²⁹.

La degenerazione totalitaristica dello stato liberale autoritario e il fallimento del modello nazional corporativo.

La contraddizione principale del modello esclusivamente di mercato era quella della tendenziale incapacità di ‘comprensione’, all’interno della sua logica, delle esigenze di ‘giustizia’ che derivavano dalla necessità di garantire a ciascuno il minimo indispensabile di dignità e di risorse di sopravvivenza⁴³⁰.

La crisi dello stato interventista (non più liberale, non ancora integralmente autoritario), a sua volta, discendeva dall’incapacità di farsi carico, fino in fondo, della rilevanza della risorsa strategica del lavoro e dell’insufficienza delle politiche di semplice assistenza con le quali aveva tentato di riequilibrare i rapporti sociali⁴³¹.

Il tentativo ‘totalitario’ fu quello di incorporare le tensioni emergenti sul ‘mercato’ del lavoro all’interno di un modello conciliativo, che tentava di ridurre il conflitto a collaborazione. Il progetto prevedeva di realizzare un modello ‘partecipativo corporativo’, orientato a valorizzare il lavoro come principale titolo di attribuzione delle risorse e delle prerogative di cittadinanza, fondato su forme istituzionali di mediazione che assumono coloriture giuridiche diverse a seconda dei rapporti con il resto del sistema

Diversamente dal modello crispino di stato liberale autoritario che non derogava, almeno formalmente, al suo ruolo di estraneità ai processi economici, limitandosi all’assistenza esterna, il nuovo *stato etico* si preoccupava di mediare direttamente i conflitti⁴³². La crisi post-bellica aveva fatto

⁴²⁶ Legge 22 dicembre 1888 n. 5849

⁴²⁷ G. BARBAGALLO *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d’Italia*, www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Barbagallo_Il_GA_dalle_origini_al_1923.htm#_ftn1.

⁴²⁸ G. ASTUTO, *L’amministrazione italiana*, cit. p. 99 e ss.

⁴²⁹ N. IRTI, *Società civile*, cit. pp.13 ss.

⁴³⁰ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*. Giuffrè Ed. 2002, pp. 43 ss.

⁴³¹ F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, il Mulino, 1973 (ed. it.), specialmente *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, pp. 245 e ss.

⁴³² G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., pp.112-3.

riesplodere le tensioni fra le tre culture (nazionalista, cattolica e liberale) ed il passaggio dal parlamentarismo ottocentesco alla politica organizzata con i partiti di massa imponeva di affrontare i problemi in maniera radicale⁴³³.

Ancora una volta, la cultura nazionalista (ormai scarsamente ‘liberale’) riuscì a imporre un modello di organizzazione sociale mediata e interpretata dallo Stato ‘corporativo’⁴³⁴.

Si riconosceva la complessità del rapporto sociale e la conseguente insufficienza dello stato moderno: si tentava di fondare uno stato post-liberale.

Il processo si realizzò attraverso la nazionalizzazione/ amministrativizzazione di ogni ‘funzione’ nel nome della ‘doverosità’ della garanzia degli equilibri sociali (ancora immaginati come equilibri di mercato, anche se ‘imposti’ e governati). Corrispondentemente, il rapporto autorità/libertà si formalizzava secondo schemi e tutele diverse da quelle dei ‘diritti liberali’, improntate alla natura ‘funzionale’ della relazione.

La concorrenza di un sistema di diritti tradizionali, con un nuovo sistema di aspettative fondato sulla ‘collaborazione’ non riuscì a trovare conciliazione formale, né ad esprimere un modello differenziato di tutele. Da una parte, si era consolidata una concezione autoritaria e amministrativistica dei rapporti ‘non di diritto civile’, espressa dall’accordo istituzionale tra Romano e D’Amelio⁴³⁵; dall’altra, la giurisdizione lavoristica non riusciva a consolidarsi⁴³⁶, manifestando i limiti profondi di un modello che tendeva a distinguere i “diritti” a seconda del loro fondamento economico e sociale.

Democrazia, principio lavoristico e riconoscimento dei valori solidaristici.

Nella prima fase della vicenda costituzionale la tensione fra fondamento proprietario e fondamento lavoristico del modello istituzionale dell’economia fu particolarmente significativa ed avvertita.

La ricomposizione costituzionale del conflitto sociale si espresse come riconoscimento del fondamento lavoristico dell’intero sistema. Sin dalla proclamazione del fondamento della Repubblica e dall’affermazione dell’art.4, il lavoro si presentava come criterio fondamentale di attribuzione

⁴³³ A. Rocco, *Chiesa e Stato*, Il Resto del Carlino, 4, aprile, 1922 (riportato in P. SCOPPOLA, *La Chiesa e il fascismo*, Laterza, Bari, 1971, pp.54 e ss.), S. CASSESE *Il corporativismo fascista e la prima crisi dello Stato*, Lezioni introduttive ai seminari sullo stesso tema, da tenere nella Scuola Normale Superiore– Classe accademica di lettere e filosofia, marzo – maggio 2010. Testo incompleto e provvisorio, p. 7 http://www.sns.it/it/lettere/paleografia/storiestato/download/Lezioni_pisane_2010_-_18.pdf

⁴³⁴ S. CASSESE, *Lo Stato, “stupenda creazione del diritto” e “vero principio di vita”, nei primi anni della Rivista di Diritto pubblico* (1909-1911), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (16) Giuffrè, Milano 1987, pp. 501 e ss., spec. pp. 509 e ss.; Id. *Il corporativismo fascista e la prima crisi dello Stato*, cit.

⁴³⁵ “Cass., Sez. Unite, 15 luglio 1930, n. 2680 e C.d.S., Ad. Plen., 14 giugno 1930, n. 1, in merito M. D’AMELIO e Santi ROMANO, *I contatti giurisdizionali della corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in “Riv. Dir. Pubb”, 1929, I, 181. Il concordato giurisprudenziale risolveva un conflitto tra la Cassazione – sent. 24 marzo 1916 in Foro It, 1917, I, II; 27 novembre 1922 in Giur. It. , 1923, I, I, 5; 16 luglio 1926 ivi , 1926, I,I 985; 30 aprile 1929, ivi, 1929, I, I, 852 – che riteneva possibile che il Consiglio di Stato giudicasse su “diritti che venivano fatti valere come interessi” (ed in ciò era sostenuta dalla V sezione del Consiglio di Stato, 10 maggio 1929 – in Foro Amm., 1929, I,2,215) , da una parte e dall’altra la Sez. IV del Consiglio, 30 aprile 1927 –Foro Amm., 1927, I,1,318, e 11 gennaio 1929- ivi 1929 I,1,50”, in P. ADAMI, *La nullità del provvedimento amministrativo. Considerazioni sostanziali e processuali*. in *Riv. Amm. della Repubblica Italiana* n.11-12, nov.-dic. 2007, p.747 e ss.)

⁴³⁶ LEGGE 3 aprile 1926, n. 563 (in Gazz. Uff., 14 aprile, n. 87) - *Disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro*.

delle risorse e delle legittimazioni. Il riconoscimento si spingeva fino al punto di legittimare un apparato sociale di tutela fattuale e giuridica, che attribuiva alle espressioni del lavoro organizzato una vera e propria funzione di fonte di produzione normativa, concorrente con quella statale e pubblica. Il processo di riconoscimento si è sviluppato attraverso una continua ricomposizione della funzione del lavoro tra titolo di attribuzioni dirette (diritti) e presupposto di attribuzioni pubbliche e discrezionali ('diritti sociali' di derivazione pubblicistica e di decisione politica del contenuto)⁴³⁷.

In particolare, si è determinato un assetto di rapporti fondato sull'effettività, che ha visto un'attuazione del sistema di contrattazione collettiva difforme dal dettato costituzionale e una lunga fase di ancoraggio delle forme di assistenza al solo presupposto lavoristico⁴³⁸.

L'esperienza della prima fase dell'età costituzionale segnò, comunque, profondamente l'assetto dei rapporti e la concezione stessa dei "diritti".

Il fondamento incide profondamente sulla funzionalità delle tecniche di tutela e produce paradigmi essenziali per la strutturazione logica dei sistemi giuridici.

Il principio lavoristico assume un ruolo talmente elevato nel disegno costituzionale da costituire una forma di democrazia partecipativa parallela a quella della democrazia generale, come risulta dalla disciplina delle fonti del diritto del lavoro e dai modelli di 'democrazia deliberativa'⁴³⁹. Parallelamente, si costruiscono aspettative tutelate che traggono il loro fondamento e la loro conformazione dalla struttura del rapporto di lavoro e dalla considerazione dell'essenzialità dello stesso per 'il progresso morale' generale.

Il modello della cittadinanza personalistica: pluralità di fondamenti e articolazione delle tecniche di tutela.

Nella stessa Costituzione, accanto al principio lavoristico, è inserito, con una significativa autonomia e, probabilmente, in posizione almeno equiordinata, il principio personalistico⁴⁴⁰.

L'art.2 Coat. istituisce, attorno all'uomo, un sistema di 'diritti' e di 'doveri' che traggono fondamento dalla semplice esistenza della persona e dalla sua complessa relazionalità, *a prescindere dalle qualifiche riferibili alla sua attività lavorativa*.

L'individuo, concepito originariamente dall'illuminismo come 'proprietario' (magari solo della propria capacità lavorativa), riacquista centralità come persona nel sistema delle relazioni per la semplice ragione di esistere e di realizzarsi nell'ambito di formazioni sociali⁴⁴¹.

⁴³⁷ F. PEROLESI, *Ancuni lineamenti dei diritti sociali*, Giuffrè, 1953.

⁴³⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, 14/02/1997, n.1345.

⁴³⁹ B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale* Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza, 2005, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 28/2005.

⁴⁴⁰ M. BELLOCCHI, P. PASSAGLIA, (a cura di), *La tutela dei "soggetti deboli"* come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale, *Studi e ricerche*, Corte Costituzionale, 2006.

⁴⁴¹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Università degli Studi di Perugia, I manuali di diritto e processo, 2007; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1984, p.356; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983; P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987.

Il riconoscimento reciproco, che fonda la stessa egualanza, è proposto come un sistema di relazioni, espressamente nominate e distinte, "politiche, economiche e sociali", autonomamente rilevanti e, tuttavia, necessariamente interagenti nella fondazione dei "diritti inviolabili" e dei reciproci "inderogabili doveri di solidarietà".

Esso costituisce una svolta radicale nel processo di formalizzazione delle tutele e di riorganizzazione dei rapporti umani in un quadro complesso di aspettative tutelate e precisi doveri.

Il modello partecipativo sociale che ne deriva, orientato a costruire tutte le aspettative sullo schema dei diritti e dei rapporti liberamente 'agibili' dagli interessati, fonda pretese e attribuisce responsabilità nei confronti della Repubblica; rompe il meccanismo di attribuzione esclusiva allo stato della funzione di riequilibrio dei rapporti; disegna un sistema complesso i cui attori sono, contemporaneamente e sussidiariamente, le amministrazioni pubbliche e le 'formazioni sociali' nelle quali si svolge la personalità dell'uomo.

Una simile prospettiva di lettura, ovviamente, rimette in discussione sin dalle radici più profonde il modello di relazioni giuridiche, le tecniche, i protagonisti e gli strumenti. Essa ripropone la necessità di una riflessione sulla concezione del diritto come espressione dei processi di formazione dell'equilibrio 'sociale' e ne supera la visione riduttiva di semplice strumento volto a garantire solo una parte delle relazioni⁴⁴².

Il valore semantico della aggettivazione 'sociale' di un diritto tende a trasformarsi e ad assumere una valenza essenzialmente procedimentale. I 'diritti sociali' tendono a qualificarsi per il riferimento a poteri che vanno ad integrare il modello mercantile di relazioni, introducendo tutele ad aspettative che si pongono come 'dialettiche' rispetto alla logica di mercato e rappresentano la dimensione incomprimibile delle esigenze della persona. La rete di relazioni e di 'condizionamenti sociali', esterna alla logica semplificatrice del mercato, riacquista progressivamente spazi significativi e tende ad autonomizzarsi anche dalla mediazione statale.

Il riferimento ai valori della 'persona' è, dunque, talmente significativo e profondo da poter essere considerato presupposto e giustificazione dello stesso fondamento "lavoristico" delle relazioni.

È vero, infatti, che la Repubblica è 'fondata sul lavoro' e che l'obbiettivo è quello di rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale⁴⁴³. È altrettanto vero che obbiettivo equiordinato è quello di garantire il pieno sviluppo della personalità umana⁴⁴⁴. Non può esserci 'lavoratore' che non si sia precedentemente formato come 'uomo in relazione' e, quindi, come persona. La stessa possibilità di accedere al mercato del lavoro risulta 'condizionata' dal possesso di una serie di requisiti: istruzione, educazione, salute⁴⁴⁵. Il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e la richiesta di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà potrebbero essere letti come il sistema di relazioni di tipo 'personalistico' che definiscono il rapporto di 'cittadinanza'.

⁴⁴² R. BIFULCO *Democrazia deliberativa, costituzione e costituzionalismo* in http://www.astrid-online.it/Forme-e-st/Studi--ric/Bifulco_democrazia-partecipativa--2-Firenze_2-3_4_09.doc.pdf

⁴⁴³ A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Ediesse, 2006.

⁴⁴⁴ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, 1994

⁴⁴⁵ S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro, tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 46/2006, Università di Catania, Dir. B. CARUSO.

Giustizia sociale, diritti sociali e tecniche di soddisfazione dell’aspettativa nel modello della cittadinanza personalistica.

La ricostruzione del modello fondato sulla “cittadinanza personalistica” impone un’analisi delle singole situazioni soggettive oggetto di tutela e, soprattutto, del concorso di elementi istituzionali, regolativi e giustiziali che contribuiscono a renderla attuale.

Specificità del modello sembra essere quella di aver perso la semplicità e l’unitarietà che hanno rappresentato, almeno nell’ispirazione, le caratteristiche essenziali del modello liberale classico.

La scomposizione alla quale assistiamo investe contemporaneamente sia il quadro delle situazioni soggettive che richiedono tutela, sia il quadro istituzionale delle responsabilità e delle tecniche di soddisfazione.

Non è un caso se rispetto alla ‘tipizzazione’ di aspettative nominativamente individuate (la salute, l’istruzione, l’educazione, le varie forme di assistenza) si registra una scomposizione e ricomposizione delle sedi istituzionali di ‘organizzazione’ della tutela materiale, insieme ad una particolare difficoltà di individuazione delle possibilità e delle competenze di ‘soddisfazione’ coattiva delle istanze.

Lo stesso legislatore costituzionale della ‘novella’ del 2001 si è dovuto esercitare in tentativi di articolazione dei ruoli e delle competenze della ‘Repubblica’ per individuare linee essenziali di attribuzione di competenze tra stato, regioni, città metropolitane, comuni (nonché istituzioni scolastiche autonome, nella specifica materia, art. 117, 3°c). Non si è, comunque, potuto fare a meno di riconoscere il ruolo dell’*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà* (art. 118, u.c).

Giudici e nuovi diritti

Le reazioni giurisprudenziali alle dinamiche dei nuovi processi istituzionali sembrano disarticolarsi, esse stesse, in una serie di tendenze, dimostrando la difficoltà di ‘dire diritto’ in una situazione profondamente diversa da quelle tradizionalmente fondate sull’unità della giurisdizione e sull’unità del sistema di tutela.

La giurisprudenza ordinaria, civile e amministrativa, manifesta tendenze contrastanti, anche sulla scorta di una pressante influenza delle giurisdizioni sovranazionali, segnatamente di quella CEDU⁴⁴⁶, per quanto riguarda i ‘diritti’ riconoscibili come attributi fondamentali della persona; di quella della Corte di Giustizia Europea, per quanto riguarda le libertà economiche⁴⁴⁷

Chiamata sempre più spesso a risolvere concreti e specifici problemi di riconoscimento di aspettative che il legislatore chiama ‘diritti’, assume posizioni differenziate.

⁴⁴⁶ S. GAMBINO *I diritti fondamentali dell’unione Europea fra ‘Trattati’ (di Lisbona) e Costituzione*, in Federalismi.it, 2010 (1); G G. BARONE, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*. Bonanno Ed., 2008.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*.

http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0141_monaco.pdf

⁴⁴⁷ D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit.

In alcuni casi, soprattutto in sede di richieste per risarcimento di danni di natura extracontrattuale, vengono individuate *aspettative* tutelate in forma di diritto. Di quei diritti non si conosce una definizione ‘positiva’, ma ci si accontenta di poterne presumere l’esistenza, ricavandola da una sorta di ‘calco’⁴⁴⁸.

In altri casi, progressivamente in fase di diffusione, si riconoscono diritti e si applicano tutele, specie di tipo cautelare, anche nei confronti della P.A. e a prescindere da qualunque ‘pregiudiziale finanziaria’.

Sembra di potere affermare che sia in corso una sostanziale rilettura dei regimi di doverosità politica, sociale ed economica. Il modello del ‘contratto sociale’, istitutivo dello stato moderno, anche se non sostituito, viene integrato dal continuo riconoscimento di specifici regimi di doverosità che originano, in alcuni casi, dall’individuazione della rilevanza obbligante di semplici ‘fatti’ (si pensi ai profili della ‘responsabilità da contatto’); in altri, dalla ricostruzione in termini contrattuali del rapporto fra cittadini e ‘agenzie’ di erogazione di servizi (si pensi ai profili della responsabilità in materia sanitaria e scolastica).

La Corte Costituzionale, a sua volta, ha sviluppato una lettura tendenzialmente unitaria dei regimi di soddisfazione delle aspettative, probabilmente tentando di ricondurre ad omogeneità un sistema che tende sempre più a disarticolarsi.

Seguendo l’istanza di ricostruzione unitaria dei vari regimi di aspettative tutelate, la Corte ha sviluppato due direttive di intervento.

Da una parte, rafforzando l’orientamento delle giurisdizioni ordinarie, è stato elaborato il profilo della incomprimibilità, almeno oltre un certo limite, del contenuto essenziale di aspettative riconosciute come ‘diritti’ e, pertanto, sottratte alla discrezionalità amministrativa.

Dall’altra, tentando di esprimere lo stesso valore in termini di unitarietà del sistema nazionale, è stata elaborata una ricostruzione dei poteri di normazione e del sistema delle fonti che tenta di individuare una sorta di livello essenziale comune del contenuto dei ‘diritti’. In quest’ultima direzione, forse anche per l’esigenza di responsabilizzare le varie sedi titolari di potestà normativa, si è corso il rischio di una sostanziale sottovalutazione della necessaria riferibilità alle realtà locali, sociali, culturali delle situazioni giuridiche riconosciute dal legislatore.

In sostanza, la Corte Costituzionale è stata nella necessità di individuare limiti minimi essenziali per ciascuno dei diritti civili e sociali (art. 117, 2°c., lett. m) che sono venuti alla sua attenzione, in occasione di conflitti fra Stato e Regioni. Non disponiamo, quindi, di definizioni positive del contenuto di ciascun diritto, ma solo di una casistica, dalla quale si può tentare di dedurle.

Consensualità ed effettività nella realizzazione di aspettative.

Di fronte alla crisi della tradizionale concezione dei rapporti fra individuo e stato nell’area delle prestazioni sociali, sempre più spesso si registra una particolare manifestazione di ‘privatizzazione’ delle tutele: la riconduzione allo schema consensuale.

⁴⁴⁸BARONE, *Diritti fondamentali*, cit. pp. 101 ss.

Alcuni esempi erano già riscontrabili nello sforzo di definizione degli 'statuti' dell'utenza negli anni novanta⁴⁴⁹. Si trattava, ancora, di forme di 'lealtà' della pubblica amministrazione che comunicava ai propri utenti limiti, condizioni e tempi di erogazione dei servizi e delle prestazioni, rendendo visibili le insufficienze e ponendo i presupposti per eventuali tutele⁴⁵⁰.

Rispetto a quel modello di 'amministrazione comunicativa', attuativo del principio di trasparenza formalizzato nella l. 241, nel corso degli ultimi anni, si è potuto riscontrare un significativo percorso di riorganizzazione 'pattizia' dei rapporti⁴⁵¹.

Si registra, cioè, la diffusione di nuovi modelli consensuali di definizione dei contenuti e delle relative responsabilità nel regime di soddisfazione delle aspettative che possiamo ricondurre ai cosiddetti 'diritti sociali'. Si pensi alla progressiva regolazione pattizia della responsabilità e della distribuzione del rischio nell'esercizio della funzione medica⁴⁵²; al 'patto di corresponsabilità educativa' introdotto dalla legislazione scolastica⁴⁵³; alla diffusione del modulo convenzionale per l'erogazione delle prestazioni a carico del sistema assistenziale⁴⁵⁴.

Il processo non si limita alla definizione del rapporto tra cittadini e pubbliche amministrazioni: si estende significativamente fino a diventare un 'modulo organizzativo' della stessa pubblica amministrazione⁴⁵⁵. Il sistema delle 'intese' fra pubbliche amministrazioni dello stesso o di diverso livello si diffonde sempre più e tende a costituire uno strumento di programmazione e di riorganizzazione di risorse anche non finanziarie, spesso coinvolgendo anche le organizzazioni di sussidiarietà orizzontale⁴⁵⁶.

Sotto questo profilo, è possibile registrare, quindi, una significativa riorganizzazione in chiave autonомistica e consensuale dell'organizzazione della funzione 'pubblica' di soddisfacimento delle aspettative che integrano il processo di sviluppo della personalità, per garantire pienezza della cittadinanza e relazionalità corretta.

Crisi fiscale dello Stato sociale, diritti sociali e condizionamento economico della loro effettività.

Il superamento del dualismo individuo/stato nel processo di soddisfazione delle esigenze di sviluppo della personalità richiede l'esatta individuazione di tutti gli attori, a vario titolo, interessati

⁴⁴⁹ D. LGS. 6 settembre 2005, n.206 *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.*

⁴⁵⁰ G. MASTRANDREA *Le carte dei servizi ferroviari e la qualità della prestazione*

http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Mastrandrea.htm, ed ivi ampi riferimenti

⁴⁵¹ L. BENVENTI, M. CLARICH, *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, Edizioni ETS, 2010.

⁴⁵² C. Cass., Sez. III, penale, Sent. 23 novembre 2010, n. 1873; C. Cass., sez. III civile Sent. 16 novembre 2007 – 14 febbraio 2008, n.

⁴⁵³ 3520; C. Cass., SS. UU CIVILI, Sent. 11 gennaio 2008, n. 577; P. CALABRÒ *Responsabilità civile in materia sanitaria. Dall'evoluzione giurisprudenziale all'abnorme crescita dei casi giudiziari*, in <http://www.altalex.com/index.php?idstr=85&idu=3615>

⁴⁵³ G. VECCHIO, *Autonomia privata, ordinamento scolastico, sussidiarietà e diritti di cittadinanza: il patto educativo di corresponsabilità*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici dell'Università di Catania*, 2009. <http://www.astrid-online.it/Il-sistema3/La-scuola-/Studi-ric/VECCIO.pdf>

⁴⁵⁴ C. Cost., Sent. N. 50, 2008; C. Cost., Sentenza 9 febbraio 2011, n. 40; TAR Lombardia, Sez. III, 27 luglio 2010, n.3588; TAR Lombardia, Sez. III, 21 gennaio 2010; D. ZANARDELLI - *Compartecipazione dei parenti alle spese per l'inserimento dei diversamente abili nelle comunità alloggio o nei centri residenziali. Alcune riflessioni in merito alla legittimità di tali richieste da parte dei comuni*; R. MERLO - *Il rapporto fra potestà legislativa esclusiva delle regioni in materia sociale e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Prestazioni sociali agevolate erogate a persone con handicap permanente grave nonché a soggetti ultra sessantacinquenni non autosufficienti*, in http://www.nuovarassegna.it/web/nuovarassegna/indice_volume.asp?IDVolume=114

⁴⁵⁵ D. LGS. 6 settembre 2005, n.206 *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.*

⁴⁵⁶ Paolo Urbani, *Concertazione e perequazione urbanistica*, Pausania, <http://www.pausania.it>; C. Cost., Sent. N. 233 del 2004.

e la definizione delle relative forme di esercizio della funzione.

L'ampia pubblicizzazione del finanziamento delle funzioni attinenti ai diritti civili e sociali ha indotto per qualche decennio una concezione illimitata, universale e indifferenziata delle capacità di soddisfazione delle esigenze vitali nel circuito della fiscalità generale. L'espansione di quella che, nei primi anni settanta, era stata definita "crisi fiscale dello stato" ha determinato l'individuazione di nuovi profili di responsabilità che si stanno progressivamente traducendo in articolazioni del "pubblico" in forma autonomistica, in differenziazione delle prestazioni dovute dalle autonomie sulla base del criterio di essenzialità contenutistica, in forme di corresponsabilizzazione dell'utenza e/o degli obbligati privati.

Il possibile risultato del processo di scomposizione del modello dualistico è individuabile nella costruzione di un meccanismo che istituisce regole e processi di mediazione e soddisfazione delle aspettative secondo criteri non autoritari, tendenzialmente volontari, anche se non necessariamente mercantili.

La storia dei 'diritti sociali' ha registrato, fin troppo spesso, limitazioni e 'dissolvenze' riconducibili all'appiattimento della problematica su una sorta di pregiudiziale finanziaria. L'evoluzione delle relazioni e delle funzioni connesse all'area della tutela della persona ha consentito di articolare la riflessione e di mettere meglio in luce i molteplici profili, spesso di rilevanza non direttamente economica, di un nuovo sistema di diritti di cittadinanza⁴⁵⁷.

È così possibile ricostruire il contenuto "regolativo" di diritti come quelli all'istruzione, alla salute, all'assistenza, provando a darne una rappresentazione in termini di relazione e non di mera presenza.

Diversamente dai diritti soggettivi tradizionali, le aspettative connesse allo sviluppo della personalità non esigono iniziativa da parte dell'interessato, anzi, per alcuni aspetti, si caratterizzano come posizioni doverose dell'interessato rispetto alla società. Lo sviluppo della personalità è un valore per ciascuno, ma è anche e contemporaneamente un valore 'per il progresso materiale e spirituale della società'.

La centralità della persona impone alla Repubblica l'istituzione di un sistema di prestazioni ben più articolato, anche se non sempre finanziariamente più oneroso, di quello di mantenimento delle condizioni di funzionalità dell'economia di mercato. Diritti e doveri dei singoli e delle istituzioni definiscono lo scenario giuridico della rappresentazione di quello che potrebbe essere considerato il processo di formazione e mantenimento del 'capitale umano' ed esigono una formalizzazione più significativa di quanto non possa essere stata, nel passato, quella debole dei diritti condizionati.

Sotto questo profilo, l'attuazione di diritti come quelli all'istruzione, alla salute, all'assistenza risulta solo parzialmente dipendente dalla disponibilità di risorse economiche. In particolare, dipendono dalla disponibilità economica solo i profili connessi alla dimensione delle risorse umane e materiali disponibili.

⁴⁵⁷ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*,

http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0148_mangiameli.pdf

Risultano non condizionati economicamente, invece, i profili di attuazione del diritto connessi ai contenuti professionali, organizzativi, scientifici dei processi di erogazione di prestazioni ad alto contenuto intellettuale.

Ancora, risultano non economicamente condizionati i profili dei diritti relativi alle forme di partecipazione ai processi materiali e alle forme di partecipazione al processo di governo delle istituzioni di ciascun settore.

Esigono una attenta azione di governo e costituiscono un'area di esercizio del controllo, di accesso all'informazione e di partecipazione i profili attuativi dei diritti connessi all'uso delle risorse economiche e patrimoniali disponibili e alle scelte organizzative delle specifiche istituzioni.

Nell'ampio ventaglio di profili sommariamente tracciato, l'aspetto del condizionamento economico dei diritti è particolarmente limitato, mentre vengono in evidenza diritti partecipativi, diritti di informazione⁴⁵⁸, diritti di parità, diritti di libertà, poteri concorrenti (come quelli dei familiari, nell'ambito di ciascuna tipologia di diritti), doveri degli stessi titolari del diritto⁴⁵⁹.

La struttura di tali nuovi diritti, tuttavia, non è significativamente diversa da quella dell'aspettativa economica del proprietario. Anch'esso, pur vantando una serie di prerogative tutelate nei confronti di altri privati, non può vantare quelle (economicamente essenziali) di ottenere la costruzione dell'opera pubblica di valorizzazione del fondo o la sorveglianza.

Di contro, lo stesso ordinamento di diritto privato ben conosce strumenti e situazioni nelle quali una parte, disponendo di tutele indubbiamente qualificate 'diritti', può attivare procedimenti interni a istituzioni e ottenere perfino provvedimenti sostitutivi di comportamenti dei titolari di funzioni.

Essenzialità e regime dei diritti sociali in Italia.

Il lungo percorso di elaborazione delle tutele connesse allo sviluppo della personalità e al riconoscimento di un regime generale dei diritti di cittadinanza⁴⁶⁰ ha avuto, nel nostro ordinamento, un suo primo sbocco in occasione della riforma costituzionale del 2001, con l'affermazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, 2° c, lett. m).

La norma si caratterizza per una particolare ricchezza di possibili sviluppi sul piano della ricostruzione di un nuovo sistema di diritti, svincolato dal modello proprietario e attento alle ricadute del superamento del dualismo individuo/stato. Lo stesso richiamo all'essenzialità dei livelli delle prestazioni che integrano i diritti, lungi dal costituire soltanto un riferimento quantitativo di erogazioni finanziarie, potrebbe costituire il riferimento fondamentale per la ricostruzione dello schema regolativo che emerge dall'evoluzione costituzionale.

⁴⁵⁸ C. Cass. SS. UU. Penali, Sent. 21 gennaio 2009 (Ud. 18/12/2008), n. 2437; Corte Costituzionale, Sentenza 23-30 luglio 2009, n. 253.

⁴⁵⁹ B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona, (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 81/2010; A. ALAIMO – B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 82/2010.

⁴⁶⁰ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Napoli, 2005; L. MOCCIA, *La prospettiva della cittadinanza dell'Unione come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, a cura di G. ALPA e R. DANOVIS, Milano, 2004.

La formula richiamata non si limita alla regolazione dell'adeguatezza e della ragionevolezza della misura del finanziamento pubblico dell'attuazione dei diritti. Essa lascia presupporre l'individuazione dei caratteri essenziali (e incomprimibili) del diritto e la specificazione di risorse "doverose" alternative e concorrenti rispetto a quelle pubbliche.

Emergono, in particolare, quattro profili d'interesse:

- a) la funzione della norma come *criterio di delimitazione* della sfera di influenza statale;
- b) la funzione della norma come *presupposto e fondamento* della definizione del contenuto materiale di ciascun diritto civile e sociale;
- c) la funzione della norma come *criterio di legittimazione* di un sistema istituzionale complesso, responsabile dell'attuazione del "diritto";
- d) la funzione della norma come *principio di individuazione* della natura "civile e sociale" del rapporto e di specificazione del regime tendenzialmente "volontario" e "autonomistico" delle relazioni.

Essenzialità come criterio di delimitazione delle competenze legislative e presidio del contenuto omogeneo della cittadinanza.

La giurisprudenza costituzionale della Corte nell'intera materia dei diritti civili e sociali ex art. 117, 2° c, lett. m della Costituzione, è alla ricerca di un equilibrio fra necessità di regolazione unitaria e nazionale e spazio di intervento di altri livelli regolativi.⁴⁶¹

Il problema più delicato è quello di cogliere il fondamento dell'esclusività della competenza legislativa statale e di definire, di volta in volta, il "giusto" rapporto fra configurazione formale del diritto, determinazione della misura della prestazione inderogabile (*per l'esistenza stessa del diritto*) e definizione delle responsabilità attuative dello Stato e delle altre istituzioni pubbliche e private che concorrono all'effettività dello stesso⁴⁶².

La complessa vicenda del federalismo fiscale e delle dimensioni delle autonomie e delle responsabilità concorrerà sicuramente a definire i nuovi equilibri del rapporto fra funzione regolativa e funzione attuativa. Ciò che potrebbe emergere è una specificità di regolazione formale e quantitativa delle prestazioni essenziali da parte degli altri livelli istituzionali⁴⁶³. Non si può nemmeno escludere una individuazione di responsabilità/risorse di natura privata (artt. 2, 30, 32, 33, 36, 38, 39, 43 Cost.).

In ogni caso, l'esclusività della competenza legislativa statale tende sempre più a presentarsi come garanzia unitaria e nazionale di una regolazione quali/quantitativa. Tale ricostruzione dell'esclusività, ovviamente, non è in contrasto con il carattere tassativo dell'attribuzione, limitandosi a definire le caratteristiche dei diritti, anche se con modalità diverse da quelle tradizionali⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ LUCIANI *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. Dir.* 2002 (3), 345 e ss.

⁴⁶² E. A. FEROLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed egualianza, in le Regioni*, 2/2006.

⁴⁶³ Corte Costituzionale, Sentenza 9 febbraio 2011, n. 40.

⁴⁶⁴ Corte Costituzionale, Sent. 88 del 2003.

Essenzialità come incomprimibilità del contenuto minimo essenziale dei diritti.

La concezione tradizionale dei diritti limita la funzione della norma alla semplice definizione dei caratteri formali delle corrispondenti relazioni. Con un metodo quasi geometrico descrittivo individua il tipo di relazioni e ne fa discendere la regolazione.

Tuttavia, già dalla giurisprudenza costituzionale in materia di limiti alla proprietà privata si è posto il problema dell'individuazione dei contenuti essenziali di un diritto per riconoscerne l'esistenza o meno. Il problema della "comprimibilità" non espropriativa del diritto di proprietà, esteso successivamente alla ricostruzione di altri diritti considerati strumenti di esercizio della libertà e della personalità, si presenta come problema della ricostruzione delle caratteristiche formali per poi coinvolgere la "misura" dei contenuti.

Nell'ambito dei "diritti civili e sociali" (formula che potrebbe includere anche i rapporti "economici" oltre quelli "etico-sociali") il problema della misurabilità del contenuto essenziale del diritto si è posto sin dall'elaborazione relativa al primo comma dell'art. 36 Cost.

Emerge un profilo quantitativo relativo al contenuto "materiale" che diventa elemento essenziale della forma/diritto.

L'essenzialità della determinazione del contenuto quali/quantitativo del diritto da una parte costituisce criterio di valutazione della ragionevolezza del regime regolativo, dall'altra è fondativa della doverosità della prestazione e delle conseguenze della stessa rispetto agli obbligati.

Rispetto alla stessa norma che definisce l'essenzialità delle prestazioni si potrebbe pensare ad una sanzione di illegittimità costituzionale in presenza di una manifesta irragionevolezza dei livelli delle prestazioni.

Di contro, si potrebbe immaginare, anche sulla scorta della vicenda del diritto di proprietà, che sia possibile pervenire per via giurisprudenziale, quanto meno costituzionale, alla definizione dell'essenzialità del contenuto materiale dei diritti sociali (oltre che di quelli civili).

Ancora più lineare può risultare il ragionamento sulla valutazione del possibile rapporto fra la norma statale che definisce i livelli essenziali e le altre norme che ne daranno attuazione⁴⁶⁵.

Essenzialità e "corresponsabilizzazione" dei privati.

Sotto quest'ultimo profilo emerge quella che forse è la più interessante delle caratteristiche del regime dell'essenzialità dei "diritti civili e sociali": la corresponsabilizzazione di parti "private" nel processo di attualizzazione del diritto.

La corresponsabilizzazione si presenta in misura molto marginale come impegno economico.

Per quanto riguarda, invece, l'area delle relazioni connesse ai processi "materiali" di attuazione, un significativo sistema di diritti e di doveri lega le istituzioni di settore con i singoli destinatari

⁴⁶⁵ R. Tosi *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai "livelli essenziali delle prestazioni..."*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, rivista elettronica, <http://www.forumcostituzionale.it>. Corte Costituzionale, sentenza 207 del 2010: la "Corte ha più volte affermato che le norme che disciplinano gli aspetti organizzativi dell'attività sanitaria vanno anch'esse ricondotte alla materia della tutela della salute, quando sono idonee ad incidere sulla salute dei cittadini, costituendo le modalità di organizzazione del servizio sanitario la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate (sentenza n. 181 del 2006)".

e/o obbligati, con i professionisti responsabili dei processi di istruzione, con gli enti pubblici titolari della funzione di indirizzo.

L'autonomia delle istituzioni (istituzioni scolastiche autonome, aziende sanitarie, aziende o istituzioni speciali per l'assistenza) tende ad assumere sempre più il ruolo di mediazione e bilanciamento del sistema, garantendo in forme "contrattate" l'efficacia del processo di formazione e tutela della personalità dei singoli.

La definizione delle forme e degli schemi secondo i quali si attuano i processi di istruzione, assistenza sanitaria, assistenza sociale e la corresponsabilizzazione delle parti costituisce elemento di regolazione essenziale.

La ricostruzione degli effetti dell'introduzione della norma sul contenuto materiale essenziale dei diritti civili e sociali, ovviamente, non si ferma all'individuazione dei limiti (negativi e positivi) ai poteri del legislatore. Per lo stesso fatto che se ne definiscono i contenuti materiali essenziali, il diritto assume una sua specifica autonomia dalla discrezionalità dell'amministrazione e, progressivamente, tende a consolidarsi come aspettativa di tutela, anche nei confronti dello stesso sistema amministrativo chiamato a soddisfarlo.

Un significativo indicatore del processo evolutivo che si sta delineando potrebbe essere costituito dalla diffusione di elementi di diritto privato nella costruzione delle relazioni tra amministrazione e titolari dell'aspettativa.

L'introduzione di una logica privatistica, di tipo contrattuale, consigue il duplice effetto di determinare in via preventiva e consensuale i contenuti delle reciproche posizioni, trasformate, in tal modo, da posizioni amministrative (autoritative) in obbligazioni reciproche⁴⁶⁶.

La revisione in senso privatistico è un effetto quasi naturale della qualificazione come diritto di una relazione sostanzialmente paritaria fra il cittadino e l'amministrazione. Rimossa la fondazione discrezionale e autoritativa della posizione dell'amministrazione diviene più facile immaginare l'instaurazione di un regime contrattuale, riconducibile al regime del monopolista o del concessionario di pubblico servizio. Definita per legge l'essenzialità della prestazione che integra il contenuto del diritto, almeno nella stessa misura, l'aspettativa assume vera e propria azionabilità immediata.

Prime conclusioni.

Nelle situazioni richiamate risulta abbastanza difficile immaginare l'esercizio di un potere della pubblica amministrazione tale da costituire una manifestazione autoritativa.

Se ancora nelle concezioni del modello liberale di stato, di scuola, di sanità, di assistenza si poteva immaginare una funzione autoritativa del sistema amministrativo, una simile ricostruzione appare molto discutibile nel contesto costituzionale e particolarmente difficile nel regime istituzionale che si sta progressivamente affermando.

Non c'è più spazio per la ricostruzione di un modello dualistico di contrapposizione individuo/stato, né per immaginare sfere separate di azione: un mercato nel quale i privati operano senza (apparente) mediazione statuale; un'area dei servizi attuativi della cittadinanza totalmente

⁴⁶⁶Cassazione civile, sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577

assorbita nella funzione pubblica amministrativa e autoritativa. Emergono con sempre maggiore frequenza ambiti vitali nei quali il principio di sussidiarietà si manifesta come principio elastico di regolazione dell'influenza dell'operatore pubblico e dell'autonomia del singolo.

Il primato della funzione di sviluppo della personalità non tollera autoritarismi e consente soltanto una adeguata composizione di funzioni doverose e di aspettative tutelate. La funzione pubblica tende sempre più ad assumere i connotati della responsabilità collettiva, non necessariamente statale, anzi preferibilmente istituzionale, autonomistica, locale, pur nell'ambito di un quadro di riferimento normativo generale, nazionale ed europeo⁴⁶⁷.

La tendenza giurisprudenziale ad una continua commistione di tutele e di rimedi nell'ambito di una (apparente) commistione di giurisdizioni corrisponde, a prescindere dai problemi di definizione della giurisdizione esclusiva, alla sostanziale esigenza di recupero di una dimensione unitaria dei diritti civili e sociali e alla consapevolezza diffusa del superamento della logica dualistica.

Ovviamente, in attesa di un intervento legislativo chiaro e definitivo, per il quale forse i tempi non sono ancora del tutto maturi, è necessario sforzarsi di cogliere tutti gli elementi sintomatici che possono consentire una ricostruzione coerente. In particolare, appare necessario riflettere sulle trasformazioni in corso nella struttura, nella consistenza, nei criteri operativi delle istituzioni che hanno sostituito l'apparato amministrativo centralistico per svolgere con metodo paritario e "civile" una funzione di attuazione dei diritti e dei doveri dei singoli e delle amministrazioni pubbliche nell'ambito delle previsioni costituzionali.

⁴⁶⁷ D'ATENA: *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 1997, pagg. 603 – 627; S. MANGIAMELI, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, in C. MAGNANI (a cura di) *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 366 ss; G. VECCHIO, *La sussidiarietà nella giurisprudenza*, *ibidem*, pp. 84-104, G. VECCHIO, *Sussidiarietà, diritto privato e teoria, Quattro saggi*, in *LabSus*, 2006.
http://www.labsus.org/index.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid=27

Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*

Luigi de Angelis

1. La finalità di certezza dei rapporti di lavoro e di deflazione giudiziaria nella l. n. 183/2010.	187
2. Contraddizioni inflattive: ad esempio, il regime transitorio dei contratti a termine.	188
3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale.	193
4. Il tentativo di conciliazione giudiziale.	196
5. Il cuore della riforma: l' arbitrato irrituale.	197
5.1. In particolare, il criterio di giudizio dell' equità, il lodo e la sua impugnazione.	200
5.2. Cenni a sedi arbitrali e a procedimento.	204
6. Considerazioni conclusive.	205

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 121/2011

1. La finalità di certezza dei rapporti di lavoro e di deflazione giudiziaria nella l. n. 183/2010.

Già alla prima lettura della legge n. 183/2010 se ne coglie con chiarezza l'intento di valorizzare la certezza dei rapporti giuridici. Questo non solo e non tanto al fine di conferire agli operatori economici e sociali prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti, quanto di rendere più efficiente attraverso la riduzione della domanda una giustizia del lavoro notoriamente in crisi.

L'efficienza della giustizia del lavoro già era stata presa in considerazione negli interventi normativi del biennio precedente, ma nella diversa logica del contrasto all' abuso del processo, sia inteso come strumentale impiego della tutela giurisdizionale, sia inteso come inutile dispendio di attività all' interno del giudizio.⁴⁶⁸ Qui, appunto nella differente prospettiva della valorizzazione della certezza dei rapporti giuridici, si è invece pensato al rafforzamento della certificazione dei contratti e, più in generale, al contenimento dei poteri interpretativi e di controllo del giudice, cui si accompagnano, con efficacia dal 31 dicembre 2011 a seguito dell' art. 31, comma 1 *bis* introdotto dall' art. 2, comma 54, l. n. 10/2011 di conversione del d.l. n. 225/2010,⁴⁶⁹ la restrizione dei tempi e la collocazione di ostacoli formali per l' accesso alla giurisdizione con riguardo ad alcune rilevanti materie, e, soprattutto, la valorizzazione della giustizia alternativa a quella statale, e, in particolare, dell' arbitrato irruale; giustizia alternativa la cui forte penalizzazione ad opera della l. n. 533/1973 era stata intaccata debolmente da successivi interventi normativi e su cui già il *Libro bianco* dell' ottobre 2001 aveva puntato.⁴⁷⁰

Ho già espresso altrove⁴⁷¹ i miei dubbi circa la effettiva valenza innovativa delle regole sulla certificazione e sul contenimento dei suddetti poteri del giudice,⁴⁷² ed altrove ho anche fatto cenno alla problematicità della portata *linearmente* deflattiva (v. appresso) di tali regole, nonché ad un qualche problematico interesse alla pure non limpida normativa in tema di tempi e modalità di accesso al giudizio.⁴⁷³ Qui riprenderò invece, segnatamente, il tema dell'arbitrato e del tentativo

⁴⁶⁸ Cfr. se si vuole, L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in ADL, 2010, 104 ss., 106 ss., 114 ss. (anche in AA. AA., *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Zanichelli, Bologna, 2010, 448 ss.).

⁴⁶⁹ Sui problemi posti da tale disposizione di discutibile fattura tecnica cfr. i primi commenti di F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, a cura di O. Mazzotta, Jurismaster editore, Montecastrilli, 2010, 55 ss.; P. ALBI, *Impugnazioni e decadenze. Del licenziamento e delle fatispecie assimilate*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, 75 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. M. MISCHIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in LG, 2011, 6; sulla "via del Governo alla giustizia privata" nel *Libro bianco* (e nel ddl. n. 848), sulle relative tensioni politiche, sindacali, giuridiche e sul ripensamento contenuto nel *Patto per l'Italia* cfr. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXXII, Cedam, Padova, 193 ss. 200 ss.

⁴⁷¹ L. de ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in LG, 2011, 160 ss.

⁴⁷² Conf. M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30 l. n. 183 del 2010*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 10 ss., spec. 20 ss., 31 ss.; L. NOGLER, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, in DLRI, 2011, 124 ss., 132; L. de ANGELIS, *ibid.*, 133 ss.; per differente posizione cfr. C.A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, in LG, 2011, 353 ss.

⁴⁷³ L. de ANGELIS, *Collegato lavoro 2010*, cit., 161 ss.; favorevole, pur rilevando la farraginosità della disciplina, è A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in MGL, 2010, 212; ID., *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in MGL, 2010, 902 ss.; *contra*, tra gli altri, V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D' Antona, n. 118, in www.unict.it, 6 ss.; L. MENGHINI, *Il nuovo regime delle decadenze nel Collegato lavoro 2010*, in LG, 2011, 41 ss.; L. GIASANTI, *Novità in materia di contratti a tempo determinato*, in QL, 2011, n. 1, 24 ss., anche in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 106 ss. (da ora le citazioni dalla rivista); F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, cit.,

di conciliazione, quest' ultimo ritornato ad essere facoltativo – salva un'ipotesi particolare: v. *infra* - in controtendenza con quanto previsto per varie materie dal d.lgs. n. 28/2010⁴⁷⁴ e in contraddizione con la logica deflattiva di cui si è detto (v., però, ancora *infra*),⁴⁷⁵ come facoltativo era con la l. n. 533 cit.

2. Contraddizioni inflattive: ad esempio, il regime transitorio dei contratti a termine.

Delle riflessioni che toccano il tema della deflazione giudiziaria devono però avvertire dagli effetti di *deflazione cattiva*⁴⁷⁶ che possono accompagnarsi ad alcuni istituti (v. la certificazione); deflazione cattiva qui intesa come autolimitazione di fatto o obliquo scoraggiamento nell' esercizio dei diritti figli dell'equivoco dato dal crisma di ufficialità dell'operazione certificatoria e della correlata, pure inesistente, intangibilità degli impegni (invalidi) presi. Sono del parere, pur pensando da tanto tempo che la deflazione *buona* sia un valore, che un ordinamento non debba auspicare e debba anzi rifiutare una deflazione cattiva,⁴⁷⁷ non solo in quanto essa non è commendevole sul piano etico, ma in quanto ne mina la credibilità e l'autorevolezza, per questo alla fine non pagando neppure sul piano deflattivo.

Come pure, non può non rilevarsi come la l. n. 183 cit. taccia, o consideri marginalmente,⁴⁷⁸ sulla parte di contenzioso, quello previdenziale e assistenziale, che secondo l' ultima relazione del primo presidente della corte di cassazione sull' amministrazione della giustizia rappresenta quasi i due terzi delle cause sopravvenute avanti i giudici del lavoro del Paese,⁴⁷⁹ in tal modo restringendo la (già problematica) portata deflattiva delle misure introdotte ad un'area limitata di controversie, e quindi limitandone già *a priori* l' impatto sull' efficienza della complessiva giustizia del lavoro.⁴⁸⁰

Vi è altresì da segnalare che tale problematica portata deflattiva deve poi scontare la notevolissima incertezza, con le conseguenti ricadute espansive del contenzioso, legata ad alcuni aspetti della disciplina, anche sostanziale, della l. n. 183.

34 ss.. Per un approfondito quadro dei vari problemi che la disposizione pone cfr. altresì P. ALBI, *Impugnazioni e decadenze*, cit., 60 ss.

⁴⁷⁴ Cfr. Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in LG, 2011, 58, il quale però pone in luce le differenze tra tentativo di conciliazione e tentativo di mediazione.

⁴⁷⁵ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in DLM, 2010, 142, con riguardo al testo rinvia alle Camere dal Presidente della Repubblica.

⁴⁷⁶ Mutuo, come ho già fatto in altre occasioni, la terminologia da S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia nel settore civile*, ne *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Atti del convegno nazionale sul tema (Torino, 13-15 novembre 1987), Tipografia Scaravaglio & c., Torino, 18 ss.; anche, con il titolo *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in RTDPC, 1988, 754.

⁴⁷⁷ Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, 134 ss.; ID., *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in RIDL, 1994, I, 339 ss.

⁴⁷⁸ Così M. CINELLI, G. FERRARO, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": crisi del processo e tecniche deflattive*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, a cura di M. Cinelli e G. Ferraro, Giappichelli, Torino, 2011, XXI; M. CINELLI, *Le controversie previdenziali ed assistenziali*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 326 ss., che tiene conto di quanto previsto dagli artt. 33 e 38 l.n. 183/2010.

⁴⁷⁹ 281.719 di cause di previdenza contro 150.734 di cause di lavoro, privato e pubblico: cfr. E. TARQUINI, *Prime riflessioni su conciliazione ed arbitrato nella l. 4 novembre 2010, n. 183*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il collegato*, cit., 90 ss.

⁴⁸⁰ Conf. M. CINELLI, G. FERRARO, *op. loc. ult. cit.*; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 146 ss.; E. TARQUINI, *Prime riflessioni*, cit., 90.

A quest' ultimo riguardo un esempio è dato dalla c.d. normativa transitoria in materia di contratti a termine. Si tratta di un esempio di particolare significatività in ragione del numero elevatissimo di controversie pendenti avanti i giudici del lavoro, e sulle quali già si era abbattuto *in area*⁴⁸¹ un precedente intervento legislativo (v. art. 4, comma 1 *bis* d.lgs. n. 368/2001), vulnerato dalla corte costituzionale (v. appresso), che era stato pensato essenzialmente con riguardo ai contratti a termine stipulati da una società per azioni a capitale pubblico. E quello della suddetta disciplina transitoria è appunto solo un esempio: si pensi, per riferirmi ad altri profili, ai dubbi interpretativi che pongono le nuove disposizioni sui termini e i modi d' accesso alla giurisdizione cui prima si è fatto cenno.⁴⁸²

Ebbene, sicuramente non giova alla certezza giuridica e alla deflazione giudiziaria il fatto che valga anche “per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge” (art. 32, comma 7, l. cit.) la sostituzione del regime risarcitorio di diritto comune derivante, per *jus receptum*, dalla nullità dell' apposizione del termine, con un risarcimento del danno com-misurato ad un certo numero di mensilità di retribuzione determinato, all' interno di un minimo e di un massimo, in ragione di una serie di parametri (art. 32, comma 5, l. cit.).

Sempre l'art. 32, comma 7 cit. ha poi precisato che, “con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile”.

La ora trascritta precisazione era inevitabile dal momento che la disposizione sui giudizi pendenti riguarda per definizione i processi già iniziati, per i quali, pertanto, le allegazioni e le prove relative ai suddetti parametri non potevano essere contenute negli atti introduttivi delle liti e nelle memorie costitutive; per cui i giudici non sarebbero stati in grado, o potevano non esserlo, di utilizzare i parametri stessi, con la conseguenza che la nuova regola non avrebbe potuto funzionare appunto nei giudizi pendenti.

Sennonché, sempre la precisazione mette in crisi l' onnicomprensività del testo (“tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti....”) innanzitutto in quanto ciò che è in esso contemplato è incompatibile con il giudizio avanti la corte di cassazione, nel quale non può esservi istruttoria. In proposito, in una recente ordinanza⁴⁸³ il giudice di legittimità, prendendo forse spunto dai rilievi contenuti in una relazione del proprio Ufficio del massimario,⁴⁸⁴ ha riconosciuto che le su riportate “espres-sioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito”, ma ha poi rilevato, richiamando Corte

⁴⁸¹ E non solo: v. l'art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 e le relative delicate questioni che ha posto, sulle quali cfr. P. GHINOY, *Il contratto di lavoro a tempo determinato tra flessibilità e sicurezza: profili giurisprudenziali*, di prossima pubblicazione in *QL*, 2011, § 2.

⁴⁸² Per l'indicazione di alcuni dubbi interpretativi, cfr., ad es., E. GRAGNOLI, *Nuovi profili dell'impugnazione del licenziamento*, in *ADL*, 2011, 45 ss.; G. MIMMO, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, 2011, 90 ss.; E. BOGHETICH, *Tutela dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, *ADL*, 2011, 71 ss.

⁴⁸³ Cfr. Cass. ord. 28 gennaio 2011, n. 2112, in *MGL*, 2011, 41, con nota di A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo: palese infondatezza delle accuse di incostituzionalità*; anche in *QL*, 2011, n. 2, 59, con commento di F. NISTICO', *Il Collegato lavoro al (primo) vaglio della Consulta*.

⁴⁸⁴ In data 8 gennaio 2011, redatta da F. BUFFA. Cfr., nella medesima direzione, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2010, 20 ss.; G. MIMMO, *Decadenza e regime sanzionatorio*, cit., 103 ss.

cost. 14 luglio 2009, n. 214,⁴⁸⁵ che la diversità di trattamento sostanziale tra lavoratori discriminerebbe gli stessi per il fatto meramente accidentale della pendenza del processo avanti il giudice di merito o avanti la corte di cassazione. Utilizzando, pertanto, la tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata ha ritenuto che il nuovo regime si applichi appunto anche se il giudizio al momento dell'entrata in vigore della l. n. 183 cit. penda avanti la corte di cassazione, la quale, si badi bene, dovrebbe cassare la pronuncia che non ne ha tenuto conto con rinvio al giudice di merito, a che esso determini, esercitati i poteri previsti dall'art. 421 c.p.c., l'ammontare dell'indennità.⁴⁸⁶ Così facendo, però, l'ordinanza in questione, che pure ha il merito di non avere accolto la provocatoria tesi *contra voluntatem legis*, anch'essa presente nel già esistente dibattito sul collegato⁴⁸⁷ e nella suddetta relazione, secondo cui la nuova disciplina configurerebbe una penale che si aggiunge al regime risarcitorio,⁴⁸⁸ rompe con il testo dell'art. 32, comma 7 per il quale è il giudice della causa pendente – e quindi, nell'ipotesi contemplata, la stessa corte di cassazione e non il giudice della fase rescissoria - a dover provvedere agli adempimenti in questione⁴⁸⁹. L'ordinanza non considera, inoltre, che sempre il testo della legge richiama l'art. 421 cit. inerente i poteri istruttori ufficiosi del giudice di primo grado e non l'art. 437 c.p.c., che contempla i diversi poteri ufficiosi del giudice d'appello, quel giudice che ha emesso la sentenza cassata e avanti al quale va rinviata la causa a seguito della pronuncia rescindente.⁴⁹⁰

Circa quest'ultimo aspetto, si è in senso contrario rilevato da un autore che anche il giudice d'appello dovrebbe esercitare i poteri dell'art. 421 – e non quelli del giustamente (suo ad avviso) non richiamato art. 437 c.p.c. – a fronte della mancata applicazione della disposizione da parte del primo giudice, vuoi per una errata scelta interpretativa, vuoi per la posteriorità del nuovo diritto;⁴⁹¹ rilievo cui va obiettato che in tal caso, e non ove fosse applicabile l'art. 437, dovrebbe però essere stato introdotto motivo di censura in punto, che invece per definizione manca e per il quale la legge non ha previsto la riapertura dei termini, in cui appunto si risolve la disciplina dell'art. 32, comma 7 cit. E sempre l'ordinanza n. 2112 cit. e le tesi dottrinali nello stesso senso non considerano che è stata invece prevista la rimessione in termini per la eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni, la quale è sistematicamente congeniale e vorrei tipica del giudizio di primo grado, e non dei motivi di impugnazione; circostanza, questa, che chiude più

⁴⁸⁵ In *FI*, 2010, I, 46, con nota di A.M. PERRINO, e in altre riviste.

⁴⁸⁶ Analogamente cfr. G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine dopo la l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *MGL*, 2011, 21 ss.

⁴⁸⁷ Cfr. B. COSSU, F.M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, in *MGL*, 2010, 898 ss., che pure – 899 – danno atto che è una tesi difforme dall'intenzione del legislatore quale esplicitata nei lavori parlamentari; in giurisprudenza, Trib. Napoli 21 dicembre 2010, in *QG*, 2010, 198; Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, in *GLav*, 2010, n. 49 (m.), con commento critico di F. PUTATURO DONATI, *Sulla natura della nuova sanzione per conversione del contratto a termine; contra*, tra gli altri, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 19; F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 292 ss.; L. GIASANTI, *Novità*, cit., 36 ss.; M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010*, cit., 13, pur se problematicamente; Trib. Roma 28 dicembre 2010; Trib. Milano 29 novembre 2010, in *Boll. Adapt.*

⁴⁸⁸ La tesi ci riporta indietro nel tempo, *mutatis mutandis*, alla sofisticata lettura dell'art. 18 l. n. 300/1970, isolata in dottrina, disattesa dalla corte di cassazione e resa poi improponibile dalla modifica introdotta dalla l. n. 108/1990, di M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, 41 ss.; ID., *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 104 ss.; ID., *La difficile strada della coercizione indiretta*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, II, Jovene, Napoli, 1989, 1189 ss.

⁴⁸⁹ *Contra*, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21; F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento*, cit., 296.

⁴⁹⁰ Conf. V. DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 112 ss.;

⁴⁹¹ Cfr. P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21.

in generale, e quindi al di là dei prima trattati aspetti istruttori, il cerchio nella direzione non solo dell' inapplicabilità del nuovo regime al giudizio di cassazione ma anche all' appello.⁴⁹².

A tale proposito in due sentenze emesse qualche giorno prima dell' ordinanza in questione,⁴⁹³ e in altra successiva,⁴⁹⁴ il giudice di legittimità ha ritenuto inammissibile l' esame dell' applicabilità alle ipotesi di specie dell' art. 32, comma 5 cit. sul rilievo della mancanza dei motivi e del quesito di cui all' art. 366 bis c.p.c. in ordine alle conseguenze patrimoniali della nullità dell' apposizione del termine, e quindi del formarsi del giudicato interno sul capo posto che esso, secondo la corte, costituisce capo autonomo.

Già tale autonomia *di per sé* non convince.⁴⁹⁵ La cessazione del rapporto di lavoro connessa alla validità dell'apposizione del termine scaduto implica infatti automaticamente il venir meno del risarcimento del danno derivante dall' *invalidità*, che di esso costituisce una premessa logica necessitata.⁴⁹⁶ È allora corretto che si censuri da parte del datore di lavoro, in cassazione o in appello, una sentenza che abbia accertato la nullità del termine e nulla si lamenti quanto al risarcimento, che per ipotesi può essere stato puntualmente quantificato o addirittura quantificato erroneamente ma a vantaggio del datore di lavoro, e che però viene a mancare con la cessazione del rapporto di lavoro (a seguito dell'accoglimento dell'impugnazione). Il giudicato si formerebbe nell'ipotesi opposta, in cui si sia ritenuta l'invalidità dell'apposizione del termine. Ma anche in considerazione di un caso come questo la ragionevolezza della disciplina richiederebbe che la riapertura dei termini fosse consentita.

Vi è poi che sempre la riapertura dei termini XXX è sacrosantamente legata appunto alla novità della disciplina, sicché una legge che la ritenesse applicabile al giudizio di cassazione – e, lo si ripete, è lo stesso, all'appello – non poteva non contemplarla espressamente anche per esso pena l'evidente, irragionevole iniquità del risultato giudiziale.

È invece molto più lineare e corrispondente alla struttura anche testuale delle disposizioni ritenere – ed in tal senso è la prevalente giurisprudenza di merito già formatasi,⁴⁹⁷ pur se prima (ma qualche pronuncia anche dopo) di Cass. ord. n. 2112 cit (da allora la maggior parte dei giudici hanno rinviato le cause in attesa della decisione del giudice delle leggi) – che i giudizi pendenti per cui opera l'art. 32, comma 5 siano sì *tutti*, ma quelli di primo grado, ai quali, si è detto, è congeniale che il giudice possa autorizzare le eventuali integrazioni delle domande e delle eccezioni e rispetto ai quali può esercitare i poteri dell'art. 421, e per i quali ovviamente non si pone la questione dei motivi d' impugnazione.

⁴⁹² A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo*, cit., 51; ID., *Il Collegato lavoro*, cit., 905; ID., *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato"* 2010, cit., 213 ss.; de ANGELIS, *Collegato lavoro* 2010, cit., 162; L. GIASANTI, *Novità in materia*, cit., 43; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 886 ss.; ID., *Entità del risarcimento fissata dal giudice*, in *GDir..* 2010, n. 48, inserto, IX ss.

⁴⁹³ Cfr. Cass. 3 gennaio 2011, n. 65 e Cass. 4 gennaio 2011, n. 80, la prima con medesimo presidente e relatore di Cass. ord. n. 2212 cit., la seconda con diverso relatore XXX.

⁴⁹⁴ Cfr. Cass. 23 marzo 2011, n. 6634.

⁴⁹⁵ Conf., in punto, F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 297.

⁴⁹⁶ Dubbi in proposito solleva P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21

⁴⁹⁷ Cfr. App. Genova 12 gennaio 2011, e altre della corte genovese; App. Milano 15 dicembre 2010; App. Roma 30 novembre 2010, in *QG*, 2010, 201; *contra*, Trib. Roma 28 dicembre 2010, cit.

A quest'ultimo proposito alla luce della nuova legge si deve forse ritenere che tale esercizio, se necessario, come recita l'art. 32, comma 7, non sia discrezionale ma obbligatorio, in punto la disposizione fortificando il carattere cogente della regola rispetto agli approdi già XXX rafforzati raggiunti dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 421,⁴⁹⁸ ed evitando profili di incostituzionalità, *sub specie* dell'art. 24 cost., derivanti dal rapportare la difesa non ad un diritto ma al solo potere-dovere del giudice.

È infine importante sottolineare come il restringimento ai giudizi di primo grado della disciplina non pare *di per sé* porsi in tensione con la carta-base, come la corte di cassazione ha invece ritenuto per adottare in quanto *adeguatrice* la interpretazione opposta: solo nel primo caso non è infatti intervenuto un accertamento sulla validità dell'apposizione del termine, negativo o positivo che sia; caso che è peraltro molto diverso dalla norma *controchiovenda* (contenuta nell' art. 4, comma 1 *bis* d.lgs. n. 368 del 2001) presa in esame dalla corte costituzionale nella decisione richiamata da Cass. n. 2112/2011 cit. e contemplante la applicazione del regime meno favorevole per il lavoratore non *anche* ai giudizi in corso ma *solo* ad essi, in tal modo facendo sì che il processo non servisse per ottenere quello e proprio quello che è riconosciuto dalla tutela sostanziale, ma per perderlo.

Altri sono i profili di costituzionalità della nuova disciplina, alcuni dei quali messi in luce da Cass. ord. 2112/2011 cit. nel sottoporla allo scrutinio del giudice delle leggi⁴⁹⁹ e ai quali se ne potrebbero aggiungere altri ancora. E anch'essi concorrono a ribadire quanto dicevo all'inizio del paragrafo – a questo mi è servita, ed esemplificativamente, la lunga digressione – e cioè che la normativa adottata non solo non risponde all'intento di rafforzamento della certezza dei rapporti e di deflazione sotteso alla l. n. 183, ma lo tradisce laddove crea serissimi margini d'incertezza interpretativa e costituzionale, e quindi inflazione giudiziaria, in una materia, lo si ribadisce, presente in quantità rilevantissima nelle aule di giustizia.⁵⁰⁰ E che inflazione se la corte di cassazione deve cassare le sentenze d'appello e i giudici appunto di appello devono riaprire l'istruttoria nelle cause in cui l'apposizione del termine sia ritenuta illegittima! Senza dire dello sconcerto, e quindi della caduta di credibilità verso il sistema, che il cambio *in movimento* di disciplina non può non provocare nei confronti delle parti che già hanno ottenuto una pronuncia sulla base della normativa precedente.

⁴⁹⁸ Mi riferisco all'indirizzo, ormai consolidato, che configura come potere-dovere e non più come potere discrezionale, il potere istruttorio officioso del giudice di cui all'art. 421 c.p.c.: cfr., ad es., Cass. 10 dicembre 2008, n. 29006, in *RFI*, 2008, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 99; Cass. s.u. 17 giugno 2004, n. 11353, in *FI*, 2005, I, 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*. In argomento cfr., da ult., M. TARUFFO, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, libro primo: Disposizioni generali art. 112-120, Zanichelli, Bologna, 2011, 477.

⁴⁹⁹ La questione di costituzionalità, in riferimento agli artt. 117, 11, e 111 cost. è stata sollevata anche da Trib. Trani ord. 20 dicembre 2010, in *MGL*, 2011, 41, con la citata nota di A. VALLEBONA; anche in *QL*, 2011, n. 2, 59, con l'anch'esso citato commento di F. NISTICO'.

⁵⁰⁰ Conf. A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo*, cit., 51; spunto in tal senso è nel messaggio motivato alle Camere del Presidente della Repubblica (v. *infra*, § 5), come riconosce P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 484, anche nota 11.

3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale.

Ritornando al tentativo di conciliazione, si è già accennato a come sia tornato ad essere facoltativo (v. art. 31, comma 1, l. n. 183/2010, che ha sostituito l' art. 410 c.p.c.) – e trattandosi di disciplina processuale la connessa eliminazione della sospensione e improcedibilità del giudizio in mancanza di proposizione del tentativo obbligatorio è di immediata applicazione e si applica quindi anche ai giudizi in corso⁵⁰¹ secondo quanto già previsto nel d.l.l. n. 1163 (c.d. Sacconi) della scorsa legislatura, evidentemente sull'idea molto diffusa che il tentativo obbligatorio non abbia dato buoni frutti divenendo anzi un inutile orpello burocratico che ha allungato di qualche mese i tempi del processo sì da essere in pratica demolito dalla corte di cassazione.⁵⁰² In un progetto⁵⁰³ redatto anch'esso in precedente legislatura ed anch'esso partecipe di quell'idea, si era invece lasciata l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, e si era però unificata la disciplina per il lavoro privato e per quello pubblico e si era prevista qualche misura di rafforzamento di motivazioni e attrezzatura culturale degli organi conciliatori. Soprattutto, si era conferito alla fase conciliativa legalmente disciplinata – restavano, infatti, ma a certe condizioni, il tentativo in sede sindacale e avanti le direzioni provinciali del lavoro – un carattere precontenzioso endoguidiziale, nel senso d' innestarla nel procedimento ex art. 414 ss. c.p.c.⁵⁰⁴

In realtà, uno studio redatto nel 2002 su dati sì risalenti ma riferentesi ad anni particolarmente significativi ci dice che i risultati dell'obbligatorietà del tentativo fossero migliori di quanto dicesse la *vulgata*.⁵⁰⁵ Essi avrebbero poi potuto essere ancora più proficui se non ci fosse stata una diffusa cultura pregiudizialmente ostile, che ebbe forte sostegno nella assoluta mancanza di investimenti e sforzi formativi sui conciliatori individuati dalla normativa, e, ancor prima, nella disattenzione al problema da parte della legislazione di allora; profili cui in qualche modo s'intendeva ovviare, l'ho prima accennato, nel progetto Foglia (che pure per il resto mi è in altra sede⁵⁰⁶ parso non condivisibile). È stato questo un gravissimo limite di quella che continuo a ritenere una buona opzione, dal momento che la capacità di comprensione giuridica delle singole vicende, la motivazione a far bene e l'autorevolezza del conciliatore sono cruciali al fine di aumentare le possibilità di buon esito del tentativo.

⁵⁰¹ Cfr. A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro*, cit., 906; A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *La conciliazione in materia di lavoro e la conciliazione obbligatoria per i contratti certificati*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, a cura di M. Tiraboschi, Gruppo24ore, Milano, 2011, XXX, 22; contra M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro*, cit., 10, anche sulla base della circolare 25 novembre 2010, prot. 11/1/0003428/MA002.A001, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; G. FERRARO, *La conciliazione*, in AA. VV., *Il contenzioso di lavoro*, cit., 70.

⁵⁰² Così Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale*, cit., 58, anche riferimenti alla nota 2; cfr. altresì (R. TISCINI), F. VALERINI, *Il tentativo di conciliazione*, in AA. VV., *I profili processuali del collegato lavoro*, a cura di B. Sassani e R. Tiscini, Dike giuridica editrice, Roma, 2011, 18 scrive di reazione del legislatore all' inefficienza del tentativo di conciliazione, ma ad un tempo sostiene sia pure problematicamente la non con divisibilità della scelta del ritorno alla facoltatività.

⁵⁰³ Si tratta del c.d. Progetto Foglia, che può leggersi in *FI*, 2007, V, 209 ss., preceduto dalla relazione generale (189 ss.); relazione generale e testo del Progetto possono altresì leggersi in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, a cura di A. Allamprese e L. Fassina, Ediesse, Roma, 2007, 187 ss., e, rispettivamente, 227 ss.

⁵⁰⁴ Per considerazioni critiche in proposito cfr. M. MAGNANI, *Quale riforma per il processo del lavoro?*, in *DRI*, 2007, 351.

⁵⁰⁵ Cfr. P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *LD*, 2002, 657 ss.; conf. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata*, cit., 218 ss.

⁵⁰⁶ Cfr. L. de ANGELIS, *Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*, in *ADL*, 1247 ss.

L'idea negativa dei risultati dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione immanente al ritorno alla sua facoltatività non impedisce la contraddizione di tale ritorno con lo spirito deflattivo di cui si è detto, confortata anche dall'assoluta ineffettività del tentativo facoltativo di conciliazione prima della modifica dell'art. 410 da parte del d.lgs. n. 80 del 1998, che veniva utilizzato solo per formalizzare e rendere intangibili, ai sensi dell' art. 2113, comma 4, c.c., intese già raggiunte altrove.

Il collegato lavoro ha voluto forse risolvere la contraddizione puntellando la disciplina appunto del tentativo facoltativo con regole procedurali – pure da alcuni apprezzate in quanto razionalizzatrici - ⁵⁰⁷ che dovrebbero rafforzarne l'effettività e che invece non sembrano idonee a ciò.

Circa il tentativo facoltativo di conciliazione avanti le commissioni di conciliazione (o avanti il collegio di conciliazione e arbitrato irruale: v. *infra*) – sono utilizzabili anche altre sedi, prime fra tutte quelle previste dalla contrattazione collettiva⁵⁰⁸ – si tratta di regole procedurali abbastanza articolate (art. 31, comma 1, cit.) e che ricalcano quanto attualmente previsto per il tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.⁵⁰⁹ Esse appaiono poco congeniali ad un tentativo di conciliazione facoltativo anche per i costi che XXX sottendono e che rendono ancor più problematica la concreta utilizzazione dello strumento,⁵¹⁰ e che si spiegano in ragione della maggiore probabilità di successo del tentativo in una situazione di maggiore contezza della controversia da parte dell' organo conciliatore, nonché in ragione del fatto che in qualunque fase del tentativo di conciliazione avanti le commissioni o al termine di esso le parti, se appunto il tentativo non sia riuscito, possono accordarsi affinché l' organo conciliativo decida in sede d' arbitrato. E l'arbitrato, pur se irruale, richiede come tale un *minimum* di regole della fase introduttiva oltre che della trattazione, dell'istruttoria e della decisione. A maggior ragione norme procedurali sono stabilite per il tentativo facoltativo di conciliazione innanzi il collegio di conciliazione e arbitrato irruale che la legge pure contempla all' art. 31, comma 8 (che ha sostituito l'art. 412 *quater* c.p.c.); tentativo il quale, in caso di mancata conciliazione, sfocia necessariamente in arbitrato irruale, che si conclude, previo interrogatorio delle parti e ammissione ed assunzione delle prove, se occorrenti, ovvero immediatamente, con lodo. L'art. 31, comma 6, che ha sostituito l'art. 412 *ter*, stabilisce poi che la conciliazione e l'arbitrato in materia possono essere svolti anche presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

L'utilizzazione del tentativo avanti la commissione è ulteriormente scoraggiata dal fatto che, ai sensi dell' art. 31, comma 3, che ha sostituito l'art. 411 c.p.c., la commissione, in caso di mancato accordo, deve formulare una proposta i cui termini, se essa non è accettata, vanno riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti, il quale va allegato nel successivo giudizio in uno con le memorie delle parti (v. *infra*), e nel fatto che appunto in sede di giudizio il giudice deve tener conto (deve intendersi, ai fini delle spese: v. ancora *infra* circa la proposta fatta

⁵⁰⁷ Cfr. Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 58.

⁵⁰⁸ Per rilievi critici al riguardo cfr. V. SPEZIALE, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, cit. 417.

⁵⁰⁹ Tra gli altri, E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, 868.

⁵¹⁰ Per un giudizio icasticamente negativo cfr. M. MISCIONE, *Il collegato lavoro*, cit., 9.

dal giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale) delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione.⁵¹¹ Senza dire che se la parte destinataria della richiesta intenda accettare la procedura deve depositare presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni di fatto e di diritto, nonché le eventuali domande riconvenzionali, così venendo ad anticipare – cioè a scoprire - *ante causam* la sua strategia difensiva.

Ove ciò non avvenga, la legge, a differenza di quanto previsto nel già richiamato Progetto Foglia ma nella più razionale logica dell’obbligatorietà del tentativo *ivi* contemplata, non prevede preclusioni con riguardo al successivo giudizio di merito, e queste, incidendo sul diritto di difesa, non sembrano ricavabili dalla perentorietà del disposto anche con riguardo al termine (come non sembra preclusa la modifica o l’integrazione della strategia processuale). Conseguenza dell’insonservanza della disposizione pare allora essere che la commissione possa in tal caso non dar corso alla fissazione, nei giorni successivi al deposito, della comparizione delle parti per il tentativo ai sensi di quanto dispone il secondo periodo dell’art. 410, comma 7 c.p.c. Ulteriore conseguenza è l’altra stabilità dal periodo immediatamente seguente, e cioè che “ciascuna delle parti è libera di adire l’autorità giudiziaria”. Il che significa pure che, altrimenti, e cioè se a fronte dell’istanza vi sia stato il deposito della memoria correttamente formulata, le parti *non siano libere*, nel senso che la eventuale domanda giudiziale da loro introdotta sia improponibile.⁵¹² L’abrogazione dell’art. 412 bis c.p.c. ad opera dell’art. 31, comma 15 l. n. 183/2010 si coordina allora con l’art. 410, comma 7 cit. ritenendosi che, per non essere obbligatorio il tentativo, il suo mancato espletamento non può più incidere sulla procedibilità dell’azione giudiziale, ma se ad esso si è fatto facoltativamente ricorso da entrambe le parti l’azione medesima è *medio tempore* paralizzata appunto ai sensi dell’art. 410, comma 7. Se così non fosse, del resto, ci troveremmo di fronte ad una proceduralizzazione priva di senso.

Tutto ciò potrebbe in qualche modo condurre, per converso, alla valorizzazione del tentativo di conciliazione in sede sindacale,⁵¹³ in quanto ad esso non si applicano le regole procedurali previste dall’art. 410 (art. 411, comma 3, nuovo testo) ma quelle – eventualmente meno impegnative - stabilite dalla contrattazione collettiva, né si applicano le regole dell’art. 411, comma 3 che si riferiscono alla conciliazione appunto esperita ai sensi dell’art. 410.

L’obbligatorietà del tentativo di conciliazione pregiudiziale è invece rimasta con riguardo all’ipotesi prevista dall’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, e cioè quella di chi intenda proporre ricorso giudiziale contro la certificazione dei contratti di lavoro, istituto avente espressa finalità deflattiva già nel d.lgs. n. 276/2003 e che ora è stata confermato con riguardo alla qualificazione dei contratti di lavoro ed esteso a tutto il contenzioso in materia di lavoro.⁵¹⁴

⁵¹¹ Conf. V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione*, cit., 142.

⁵¹² Contra, Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 60.

⁵¹³ Conf. E. GHERA, L. VALENTE, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹⁴ Cfr. A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e “tenuta” giudiziaria*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010*, n. 183, cit., 9.

Prevedendosi l’obbligatorietà di tale tentativo si è voluta rafforzare in qualche modo la modesta vigoria di questo istituto,⁵¹⁵ anche se l’abrogazione dell’art. 412 bis c.p.c. ha posto il problema delle conseguenze della mancata attivazione del tentativo medesimo, per qualcuno essa non essendo assistita da sanzione,⁵¹⁶ per altri dovendosi applicare per analogia l’art. 5 d.lgs. n. 28/2010 cit.⁵¹⁷ o l’art. 443 c.p.c., direttamente o per analogia a seconda che l’impugnazione della certificazione sia proposta o meno da enti previdenziali o a fini previdenziali.⁵¹⁸

L’obbligatorietà è invece scomparsa con riguardo ad altre ipotesi di tentativo di conciliazione tipizzate e peraltro a mio avviso già travolte dalla disciplina generale contenuta nella novellazione dell’art. 410 c.p.c. attuata dall’art. 36, comma 1, d.lgs. n. 80/1998, come l’ipotesi di cui all’art. 5 l. n. 108/1990.⁵¹⁹

Merita infine di essere sottolineato che a norma dell’art. 31, comma 9, l. n. 183/2010 “Le disposizioni degli articoli 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile si applicano anche alle controversie di cui all’articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Sicché “gli articoli 65 e 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono abrogati”. È stata quindi eliminata la differenza di disciplina del tentativo di conciliazione tra rapporti di lavoro alle dipendenze dei privati e rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni quale introdotta per il tentativo allora obbligatorio dal d.lgs. n. 80/1998.

4. Il tentativo di conciliazione giudiziale.

Alla facoltatività del tentativo di conciliazione pregiudiziale si contrappone la perdurante obbligatorietà del tentativo di conciliazione una volta iniziato il giudizio. Alla predetta trasformazione del tentativo di conciliazione pregiudiziale da obbligatorio in facoltativo si accompagna anzi una accentuazione del ruolo del giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale,⁵²⁰ che si realizza nel fatto che appunto il giudice, nel corso del tentativo, debba formulare una proposta transattiva il cui ingiustificato rifiuto costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio (art. 411, comma 4, c.p.c.).

L’accentuazione del ruolo è però modesta.⁵²¹ La disposizione, infatti, volendo disciplinare gli effetti del rifiuto ingiustificato della proposta del giudice, lo fa con una tecnica peculiare e diversa da quella adottata in materia di tentativo di conciliazione pregiudiziale. Lo fa, infatti ampliando il testo dell’art. 420, comma 1, c.p.c. nel senso di contemplare accanto all’ipotesi della mancata comparizione personale delle parti all’udienza di discussione senza giustificato motivo l’ipotesi del rifiuto della proposta transattiva del giudice sempre senza giustificato motivo, stabilendo che

⁵¹⁵ G. FERRARO, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallobona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IX, Cedam, Padova, 2011, 606, scrive di “fine di assicurare una qualche credibilità alle procedure di certificazione”.

⁵¹⁶ Cfr. P. SORDI, *Controversie, stesso iter per tutti i datori*, in *GDir.*, 2010, n. 48, inserto, XIV.

⁵¹⁷ M. BOVE, *ADR nel collegato lavoro (Prime riflessioni sull’art. 31 legge 4 novembre 2010)*, in *Judicium – Saggi- Diritto dell’arbitrato, in judicium.it*, 2011, 2.

⁵¹⁸ M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria*, in AA. VV., *Il contenzioso*, cit., 87 ss.

⁵¹⁹ Conf. M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 89 ss.; G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 606, con qualche problematicità.

⁵²⁰ Cfr. S. MARETTI, *Il nuovo assetto della giustizia del lavoro*, in *MGL*, 2011, 94.

⁵²¹ Per diversa valutazione cfr. S. MARETTI, *op. loc. ult. cit.*; A. VALLEBONA, *Una buona svolta*, cit., 215.

mancata comparizione delle parti e rifiuto "costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio". Si tratta però di una tecnica legislativa ingenua in quanto non considera che a differenza che nell' ipotesi originaria in cui l'effetto in tanto può prodursi in quanto negli atti sono presenti allegazioni di fatto delle parti sulle quali il comportamento di chi non compare all' udienza di discussione gioca quale elemento di convincimento, ciò è un *non sense* con riguardo alla proposta del giudice che da tali allegazioni prescinde. Se allora vuole invece darsi un senso alla disposizione la si deve interpretare, così come è per il tentativo pregiudiziale, ritenendosi che riguardi il solo piano delle spese⁵²² – ecco la modestia dell' accentuazione del ruolo - come già si poteva ricavare sistematicamente, perfino per il rifiuto della proposta avanzata dalle parti, utilizzandosi l'argomento *a fortiori*, dall' art. 412, comma 4, c.p.c. Senza dire dell'art. 45, comma 10, l. n. 69/2009, che ha sostituito il secondo periodo del primo comma dell'art. 91 c.p.c., per il quale il giudice, se abbia accolto la domanda in misura non superiore ad eventuale proposta conciliativa rifiutata senza giustificato motivo, condanna la parte rifiutante, salva l'applicazione della regola generale in tema di compensazione (art. 92 c.p.c., e successive modificazioni), al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della proposta.

Piuttosto, l'obbligo del giudice di fare una proposta se non può condurre a rimeditare l'orientamento secondo cui l'omissione del tentativo non incide sul restante processo e in particolare sulla validità della sentenza costituendo una mera irregolarità, può accentuare il rilievo della violazione sul piano disciplinare.

5. Il cuore della riforma: l'arbitrato irrituale.

Il cuore della riforma di cui ci si occupa è la valorizzazione dell' arbitrato, anzi dell' arbitrato irrituale (v. artt. 412, comma 3, 412 *quater*, comma 1, 412 *ter* c.p.c. nel combinato disposto con l' art. 2113, comma 4, c.c., 31, comma 12 l. n. 183/2000)⁵²³ - nulla è infatti innovato con riguardo all' arbitrato rituale - attuata dai commi da 5, 6, 8, 11 e 12 dell' art. 31 l. n. 183 cit. in parte riscrivendo gli artt. 412, 412 *ter* e 412 *quater* del c.p.c., in parte direttamente con proprie disposizioni. In proposito adopero e continuerò ad adoperare nel prosieguo il singolare in ragione dei tratti comuni di disciplina, anche se si dovrebbe piuttosto parlare di arbitrati irrituali, posto che la fatispecie unitaria contemplata dall' art. 5 l. n. 533/1973, nel testo originario e in quello residuato dalle modifiche che si sono poi succedute nel tempo, si è ora frammentata in più fatispecie.⁵²⁴

⁵²² Nello stesso senso, anche se con percorso argomentativo in parte differente, cfr. MARCO DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 61; altresì S. MARETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁵²³ Cfr. D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in AA. VV., *Il diritto processuale del lavoro*, cit., 650, e ID., *L' arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in *Judicium - Saggi- Processo civile*, in www.judicium.it, 2010, 13 ss., ed ivi anche critica della scelta legislativa, pur se in continuità con opzioni precedenti, dell'adozione del modello irrituale d' arbitrato. Secondo G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all' arbitrato nel collegato lavoro*, in *Judicium*, in *Saggi – Diritto dell'arbitrato*, *Judicium.it*, 2010, 12 ss., il collegato ha voluto sottrarre l'arbitrato alla rigida dicotomia rituale/irrituale, visto che il modello prefigurato, al di là del *nomen* adoperato, condivide con l'arbitrato irrituale il solo regime dell'impugnazione del lodo.

⁵²⁴ Cfr. G. AMOROSO, *Prime riflessioni sull' arbitrato irrituale nella nuova regolamentazione dell' art. 31 della legge n. 183 del 2010*, relazione al convegno *Collegato lavoro: cosa cambia*, organizzato dal Consiglio superiore della magistratura – Ufficio distrettuale per la formazione decentrata della corte d'appello di Genova e dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano, sezione ligure (Genova, 17 dicembre 2010), § 1; v., altresì, S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 99 ss., 104 ss.; P. TOSI, *L' arbitrato nel "Collegato lavoro" alla legge finanziaria*

Ho detto di cuore della riforma – e per certi versi avrei anche potuto dire di pancia per qualche cedimento della razionalità a favore dell'istinto - in quanto le nuove disposizioni gli affidano parte significativa degli obiettivi deflattivi pur lasciandone la facoltatività, come del resto necessitato alla stregua della giurisprudenza della corte costituzionale.⁵²⁵ Si tratta di disposizioni - vale la pena di sottolinearlo - che non si riallacciano⁵²⁶ alla classica visione di Giugni, che valorizzava la giurisdizione domestica quale prolungamento dell'autonomia collettiva, e quindi come forma di amministrazione collettiva dei soli diritti di origine contrattuale (collettiva), non dei diritti stabiliti per legge;⁵²⁷ visione verso cui ho già espresso la mia propensione quando si è cominciato a dibattere, a seguito del *Libro bianco* e del d.d.l. n. 848, di rivitalizzazione dell'arbitrato.⁵²⁸

Ebbene, appunto l'arbitrato irruale con riguardo a tutte le controversie di cui all' art. 409 c.p.c.⁵²⁹ è ora consentito anche se non previsto dalla legge, e, soprattutto, dai contratti e accordi collettivi, come invece stabilivano l'art. 5, comma 1, l. n. 533/1973 e l'art. 412 ter c.p.c. quale inserito dall' art. 39, comma 1, d.lgs. n. 80/1998. Per questo si è scritto da alcuni,⁵³⁰ con trasporto forse eccessivo, di superamento del monopolio legale-sindacale e di travolgimento dell'idolatria per la giustizia statale. Maggiore stabilità è stata poi conferita al lodo irruale dal novellato terzo comma dell'art. 412, per il quale il lodo, "sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce gli effetti di cui all' art. 1372 e all' art. 2113, quarto comma, del codice civile", ciò facendo ritenere che anche la violazione della norma inderogabile⁵³¹ renda intangibile il lodo (v., però, *infra*).⁵³²

Al testo attuale si è pervenuti dopo un percorso inusualmente tormentato.⁵³³

2010, in *LG*, 2010, 1171, che pone in luce il carattere confusionale della pluralità di sedi e modelli di procedimento arbitrale irruale messi a disposizione dal legislatore.

⁵²⁵ Cfr., tra le tante, Corte cost. 24 aprile 1998, n. 325, in *Fl*, 1998, I, 2332; per ulteriori riferimenti cfr. E. TARQUINI, *Prime riflessioni*, cit., 96 ss.

⁵²⁶ Conf. G. FERRARO, in *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, Atti della tavola rotonda che ha avuto luogo presso il Cnel il 23 aprile 2010, in *RGL*, 2010, 383.

⁵²⁷ Cfr. G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, 83 e 87. Per l'assoggettamento del lodo libero al limite del rispetto delle norme imperative di legge cfr., invece, Aut. op. ult. cit., 75 ss.

⁵²⁸ Cfr. *si vis*, I. de Angelis, *modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, atti del convegno di studi organizzato dall'Università di Catania – Facoltà di economia e dal centro nazionale di diritto del lavoro "Domenico Napoletano" – sezione di Catania (Catania, 10-11 maggio 2002), a cura di C. Romeo, in *dl*, quaderni, n. 8, 2003, 31.

⁵²⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 19.

⁵³⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro*, cit., 907.

⁵³¹ Non è questa la sede per approfondire la nozione d' inderogabilità anche nel classico rapporto con i diritti indisponibili: se, al riguardo, è obbligato il richiamo a R. DE LUCA TAMAIO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Milano, 1976, *passim*, si vedano altresì, di recente, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Modena, 18-19 aprile 2008), Giuffrè, Milano, cd.rom (le relazioni di C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, e di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, anche in *DLRI*, 2008, 341 ss., e, rispettivamente, 423 ss.). Su inderogabilità e norme inderogabili cfr. altresì M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*, ed *ivi*, 246 ss., anche ampio esame del suddetto rapporto tra norme inderogabili e diritti indisponibili.

⁵³² Cfr. A. VALLEBONA, *L'arbitrato irruale nel sistema del diritto del lavoro dopo la legge n. 183/2010*, in *MGL*, 2010, 853; altresì V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 23, ed *ivi* riferimenti bibliografici in nota, che approfondendo la questione giunge poi a soluzione diversa.

⁵³³ Per una valutazione fortemente negativa di tale percorso cfr. T. TREU, in *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, cit., 360 ss.

Si era originariamente previsto di sottoporre la decisione delle controversie di lavoro ad arbitri non solo attraverso compromesso ma anche mediante clausola arbitrale certificata (la certificazione aente in questo caso un ruolo di assistenza della volontà) e ove l'apposizione fosse consentita da accordi interconfederali o contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero, se non stipulati entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, da provvedimento ministeriale. Si era anche stabilito che agli arbitri fosse riconosciuto nel compromesso o nella clausola compromissoria il potere di decidere d'equità, pur se nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

È però intervenuto il noto messaggio motivato alle Camere del 31 marzo 2010 del Presidente della Repubblica,⁵³⁴ che a mio avviso contiene le pagine più chiare e lucide tra quelle già scritte sul collegato. Nel messaggio, pur apprezzandosi l'intento di introdurre strumenti idonei a prevenire l'insorgere di controversie e di accelerarne le modalità di definizione, si sono espressi (ineccepibili) dubbi di ordine costituzionale circa la possibilità di pattuizione della clausola compromissoria da parte di un soggetto particolarmente debole nella fase di costituzione del rapporto. Si sono altresì sollevate perplessità riguardo alla flessibilizzazione della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro immanente al riconoscimento agli arbitri del potere di decidere secondo equità, ciò peraltro, quanto ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ponendo anche la necessità di chiarire se e a quali norme si potesse derogare senza ledere i principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost. Ancora, il Presidente della Repubblica ha rilevato la non conformità ai principi generali dell'ordinamento e l'incoerenza del riconoscimento dei suddetti poteri suppletivi al Ministero del lavoro e delle politiche sociali con l'impostazione dello stesso comma 9 dell'art. 31 del collegato.

Ciò ha portato ad alcune modifiche. A seguito di emendamento del testo da parte della commissione lavoro della Camera si è consentita la stipulazione di clausola compromissoria solo dopo la stabilizzazione del rapporto di lavoro, escludendola, però, recependosi quanto previsto in una intesa sindacale non sottoscritta dalla Cgil, con riguardo alla materia della risoluzione del rapporto. Con l'approvazione di un ulteriore emendamento approvato dalle commissioni riunite 1a e 11a del Senato si è poi stabilito che le commissioni di certificazione debbano accettare la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri, "all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria", le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro". Si è altresì previsto che se le parti abbiano richiesto il giudizio d'equità questo debba avvenire nel rispetto, oltre che dei principi generali dell'ordinamento secondo quanto già stabiliva il testo rimandato alle Camere, pure "dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari" (art. 412, comma 2, n. 2 c.p.c. novellato dall'art. 31, comma 5, l. n. 183).

Restano, riguardo ai rilievi mossi dal Presidente della Repubblica, la flessibilizzazione della normativa sostanziale attraverso una modifica di quella processuale – la cui tensione con la carta base è stata però da alcuni messa in dubbio⁵³⁵ e la debolezza a resistere del lavoratore non assistito da tutela reale e magari precario, non distante da quella che portò la corte costituzionale

⁵³⁴ Il messaggio presidenziale può leggersi in *Fl*, 2010, V, 107 ss.

⁵³⁵ Cfr. A. VALLEBONA, in *Per una tutela effettiva*, cit., 378, pur l'autore non apprezzando, a differenza del compromesso, la clausola compromissoria.

alla sentenza 10 giugno 1966, n. 63 in tema di decorrenza della prescrizione, ad una proposta del datore di lavoro di previsione della clausola compromissoria. XXXX⁵³⁶.

Vi è poi da dire che la circostanza che la decisione arbitrale d' equità⁵³⁷ debba essere resa rispettandosi pure i principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari, allinea forse in punto la regola a costituzione⁵³⁸ ma lascia aperti spazi interpretativi assai ampi, anche perché nell' elaborazione lavoristica manca, allo stato, un riflessione sufficiente al riguardo (v. *infra*);⁵³⁹ spazi interpretativi che non giovano a quella certezza dei rapporti in chiave deflattiva di cui prima si è detto.

Ulteriori perplessità suscita l' avere lasciato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali poteri suppletivi delle mancate intese sindacali (art. 31, comma 10); perplessità le quali non appaiono superate dal fatto che tali poteri vadano esercitati dopo la convocazione senza esito in tempi lunghi delle parti sociali al fine del raggiungimento di un accordo e che si tratti di poteri riconosciuti in via sperimentale (per quanto tempo?) fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali accordi interconfederali e contratti collettivi (non meglio specificati) e tenendo conto "delle risultanze istruttorie del confronto delle parti", come recita un testo di non facile comprensione ed effettività normativa.⁵⁴⁰ Ed altri dubbi pone la mancanza di una precisazione, sollecitata nel messaggio presidenziale e ripresa in alcuni emendamenti non approvati dalla commissione lavoro, relativa all' utilizzo del giudizio d' equità per i rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni.⁵⁴¹

5.1. In particolare, il criterio di giudizio dell'equità, il lodo e la sua impugnazione.

Ritornando all' equità, che rappresenta una delle potenziali, più scottanti questioni del nuovo arbitrato⁵⁴² anche perché, come rilevato sempre nel messaggio del Presidente della Repubblica, attraverso di essa le modifiche processuali possono incidere indirettamente sulla disciplina so-

⁵³⁶ Cfr. D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi*, cit., 10; ID., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, cit., 655 ss.; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 149; L. de ANGELIS, *Uno sguardo su conciliazione e arbitrato nella l. n. 183/2010*, in *QL*, 2011, n. 1, 17, anche in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 87; spunto in S. MARETTI, *op. loc. cit.* Per considerazioni critiche più generali cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, 426 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 39 ss.; altresì G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all' arbitrato*, cit., 11 ss.

⁵³⁷ Secondo alcuni prevista con riguardo al solo compromesso e non anche alla clausola compromissoria: cfr. S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti*, cit., 104.

⁵³⁸ Cfr. R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 141; L. ANTONINI, G. CANAVESI, *Brevi considerazioni su alcune questioni di costituzionalità della disciplina dell'arbitrato*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010*, n. 183, cit., 54 ss.

⁵³⁹ Così A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 428; D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi*, cit., 30, e ID., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, cit., 675, scrive dei principi regolatori della materia come "araba fenice".

⁵⁴⁰ In proposito v. i rilievi di A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione*, cit., 426; per una posizione più morbida in punto cfr. C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 28 ss.

⁵⁴¹ Cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 437 ss.

⁵⁴² Così R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 137.

stanziale e, in particolare, sulle asse portanti della nostra materia, deve trattarsi di equità integrativa e non sostitutiva o formativa,⁵⁴³ come è normativamente espresso attraverso il suddetto riferimento ai principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari.⁵⁴⁴ In tal modo la riforma si colloca nel solco delle indicazioni provenienti dalla sentenza 6 luglio 2004, n. 206 della corte costituzionale resa con riguardo all' art. 113, comma 2 c.p.c.,⁵⁴⁵ secondo le quali il giudizio equitativo non è e *non può essere* extragiuridico altrimenti sconfinando nell' arbitrio, ma deve osservare, pur nella sua peculiarità che è nel risolvere la controversia nel modo più adeguato alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, i medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva, i quali, secondo la giurisprudenza di legittimità formatasi con riguardo al citato art. 113, vanno identificati non solo con riguardo agli istituti generali ma anche con riguardo al singolo tipo di rapporto dedotto in giudizio.⁵⁴⁶ Per questo, e cioè per consentire la verifica del rispetto di tali principi, gli arbitri (ed il giudice in sede d' impugnazione del lodo) devono esporre il procedimento logico diretto a riempire di contenuti la formula generica appunto dell' equità.⁵⁴⁷

Fermo ciò, gli arbitri, se investiti del potere di decidere secondo equità, possono determinarla in modo conforme alle regole giuridiche,⁵⁴⁸ legali e contrattuali, vuoi se esse siano richiamate espressamente al fine di puntualizzare tale formula, vuoi in mancanza di tale richiamo, per cui il lodo non è per questo censurabile se non dimostrandone l'iniquità rispetto al caso concreto.⁵⁴⁹

Quanto detto sulla natura integrativa del giudizio equitativo e sull' obbligo di rispetto dei principi regolatori della materia pone prepotentemente sul tappeto la questione della doverosità dell'applicazione da parte degli arbitri d' equità delle norme inderogabili del diritto del lavoro;⁵⁵⁰ norme le quali sono normalmente tali, e cioè, attraverso l'art. 2113, comma 1, c.c., anche se di origine contrattuale collettiva.⁵⁵¹

Nell' approfondire il problema, mi sembra, innanzitutto, debba continuarsi a ritenere, con riguardo a *qualsiasi* arbitrato (cioè secondo diritto e secondo equità), che fuoriesca dall' ambito di previsione dell' art. 2113, comma 4, c.c. l' area che un autore ha chiamato della *nullità assoluta*, "che include quelle determinazioni che, incidendo sul momento genetico del diritto e disponendo per il futuro, finiscono per definire una regolamentazione del rapporto diversa da quella prevista

⁵⁴³ Diversamente, R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 138. Sull' equità integrativa o suppletiva e l'indennità sostitutiva, quest' ultima necessaria o concordata cfr., da ult., A. CARRATTA, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 314 ss. e, rispettivamente, 321 ss., ed *ivi*, in nota, completi riferimenti.

⁵⁴⁴ Sono così superate le preoccupazioni di L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D' Antona, unict.it", 2010, 25, espresse sulla base del testo approvato dalle Camere prima del rinvio da parte del Presidente della Repubblica.

⁵⁴⁵ In FI, 2007, I, 1365, con nota di P.C. RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principî informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2^a comma, c.p.c.*

⁵⁴⁶ Cfr. Cass. s.u. 15 giugno 1991, n. 6794, in FI, 1991, I, 2717; G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 172.

⁵⁴⁷ Così, puntualmente, G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 173, che richiama Cass. 23 giugno 2009, n. 14611, in RFI., 2009, voce *Sentenza civile*, n. 18.

⁵⁴⁸ Conf. R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 138.

⁵⁴⁹ Cfr. G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 173.

⁵⁵⁰ Nel senso dell'applicabilità cfr., tra gli altri, G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 173 ss., che per questo ritiene costituzionalmente legittima la normativa.

⁵⁵¹ In tal senso cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 425.

dalla legge":⁵⁵² l' art. 2113, comma 4 cit., richiamato, si è detto, dall' art. 412, comma 3, novellato attiene infatti, anche secondo la giurisprudenza, ai diritti già maturati e non comprende invece la c.d. rinuncia preventiva.⁵⁵³ E questo vale pure, a mio avviso, per l' arbitrato da compromessoлад- dove disponga anche sull' assetto futuro del rapporto.⁵⁵⁴

Va poi rilevato che, sempre secondo il novellato art. 412, comma 3, il lodo (irrituale, lo si ripete) produce gli effetti propri di un contratto (art. 1372 c.c.) ed è impugnabile (annullabile) in unico grado avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro della circoscrizione in cui si trova la sede dell' arbitrato solo per i vizi di cui all' art. 808 *ter* c.p.c., cui si deve aggiungere, stante appunto il su indicato riferimento agli artt. 1372 e 2113, comma 4 c.c., e quindi l' elaborazione in argomento, l' azione di annullamento per vizi della volontà e incapacità naturale (del collegio arbitrale).

Ma tornando al giudizio equitativo, quanto prima detto fa però logicamente e sistematicamente ritenere, onde escludere la presenza nella legge di una sorta di corto circuito, che se *di per sé* rimettersi al giudizio equitativo sia consentito, si possa altresì impugnare il lodo per violazione dei principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari, sicché il riferimento all' art. 2113, comma 4 cit., piuttosto che sancire la non impugnabilità del lodo, sta a significare la non applicabilità dei commi precedenti al quarto, e, in particolare, del meccanismo d' impugnazione previsto dal secondo e terzo comma dell' art. 2113.⁵⁵⁵

A questo punto il discorso va inevitabilmente riportato sull' accennato aspetto del dovere comprendersi o meno in detti principi le norme inderogabili.

Secondo un autore la *ratio normativa* induce a ritenere che i principi regolatori della materia non comprendano tutte le disposizioni inderogabili – ché tutte sono tali nella nostra materia, per cui diversamente la disposizione si smentirebbe da sola – ma devono essere riferiti ai "principi estrai- bili da quelle norme che possono essere considerate espressione dei canoni fondamentali di re- golazione della materia".⁵⁵⁶ Sennonché, a parte la complessità di distinzione tra le norme lavori- stiche e a parte la sopra segnalata insufficienza dell' elaborazione sempre lavoristica in punto, a me pare che l' inderogabilità delle regole sia tutt' oggi, per stare al lessico di cui sopra, canone normativo fondamentale del diritto del lavoro. Si può e si deve allora evitare che l'art. 31, comma 5 si "smentisca da solo" ritenendo piuttosto che il giudizio d' equità sia sganciato dall' inderoga- bilità delle regole contrattuali collettive che possono così essere ritenute non espressione dei canoni fondamentali di regolazione.⁵⁵⁷ In tal modo si dà ulteriore pregnanza al richiamo, nell' art. 31, comma 5 cit., al solo quarto comma dell'art. 2113 c.c. e quindi non anche al primo comma. E

⁵⁵² Cfr. D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi*, cit., 14 ss.

⁵⁵³ Cfr., ad es., Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *NGL*, 1999, 248.

⁵⁵⁴ Per analoghe conclusioni, pur se con un *iter* argomentativo in parte diversamente elaborato, cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 430 ss. S. BOCCAGNA, *L' impugnazione del lodo arbitrale*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 153 ss., invece, distingue tra arbitrato di tal tipo nascente da clausola compromissoria (nullo) e arbitrato nascente da compromesso (valido).

⁵⁵⁵ Cfr. altresì C.A. NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato* (art. 412-quater c.p.c.), in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 195 ss.; M. BOVE, *ADR nel collegato lavoro*, cit., 20, nota 35; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 27, che prospetta anche altra lettura riduttiva del richiamo.

⁵⁵⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 143 ss., che ad esempio, ritiene non inclusa nei principi regolatori l'art. 18 l. n. 300/1970.

⁵⁵⁷ Contra, espressamente, R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 134.

cioè, è il caso di sottolinearlo, non è certamente poca cosa,⁵⁵⁸ stante il rilievo anche numerico del contenzioso del lavoro legato alla contrattazione collettiva, a maggior ragione se si ritenga, come a mio avviso va fatto, che a tali regole vadano aggiunte quelle di legge flessibilizzate attraverso l'intervento, contemplato sempre dalla legge, della contrattazione collettiva o *aliunde*. Per converso devono ritenersi far parte del patrimonio inderogabile le norme collettive cui la legge abbia delegato poteri di completamento della disciplina legale inderogabile.⁵⁵⁹

In definitiva, la non impugnabilità è a mio avviso limitata al giudizio di fatto e a quello sulle norme derogabili, come sopra intese.⁵⁶⁰

Ancora esigenze logiche e sistematiche, come è stato puntualmente rilevato, fanno ritenere che ciò a maggior ragione – altrimenti la situazione sarebbe paradossale⁵⁶¹ in quanto il lodo secondo diritto sarebbe soggetto ad un controllo nettamente inferiore di quello secondo equità⁵⁶² - debba valere quando gli arbitri abbiano deciso secondo diritto.⁵⁶³ E a conclusione analoga giunge, sia pure con qualche differente sfumatura argomentativa, chi sostiene che la combinazione tra art. 2113, comma 4, cit. e art. 808 *ter* cit. faccia ritenere, per risolvere la contraddizione tra disposizioni, l' impugnabilità del lodo irrituale per violazione di norma inderogabile quando, nel caso di arbitrato secondo diritto, la norma stessa sia stata posta alla base della decisione e, nell' ipotesi dell' arbitrato secondo equità, in ragione del corrispondere, tale norma, ai principi regolatori della materia o a quelli di fonte costituzionale o comunitaria.⁵⁶⁴

Un fatto è comunque palese: che abbondino anche da questa angolazione i profili d' incertezza, e quindi di controindicazione con le finalità deflattive sottese alla legge n. 183,⁵⁶⁵ tanto più se si considera che – lo si è detto – vanno rispettati anche "i principi generali dell'ordinamento." E

⁵⁵⁸ Come riconosce R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 142.

⁵⁵⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 34.

⁵⁶⁰ Per impostazioni contrarie, diversamente articolate, che valorizzano il vincolo dell'inderogabilità cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 429 ss.; G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 173 ss., per il quale, in particolare, la impugnabilità del lodo e la sua nullità deriva già dalla nullità della clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 *ter*, comma 2 (*contra*, P. TOSI, *L'arbitrato nel "Collegato lavoro"*, cit., 1171, che pone in luce che la invalidità della convenzione di cui all' art. 808 *ter* c.p.c. riguarda i soli vizi della volontà, e che richiama anche due sentenze della corte di cassazione antecedenti ovviamente alla riforma attuata con il collegato; A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro*, cit., 906 ss., ed *ivi*, 907, anche una critica dell' "interpretazione sleale" dell' art. 412 *quater*, comma 1, dopo la modifica attuata dall' art. 19, comma 14, d.lgs. n. 387 del 1998); R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale*, cit., 134. Secondo D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia*, cit., 673 ss.; ID., *L'arbitrato ai tempi*, cit., 29, l'area d'insindacabilità-inoppugnabilità del lodo, anche d'equità, dovrebbe essere ristretta al giudizio di fatto e a quello relativo all' applicazione di norme derogabili (non meglio specificate). A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Collegato lavoro*, cit., 41 ss., sostengono che, purché l'arbitrato non incida sulla regolamentazione generale per il futuro del rapporto di lavoro, la decisione secondo equità, stante il richiamo all' art. 2113 c.c., può anche ledere norme inderogabili, dovendo però gli arbitri rispettare i principi formatori della materia derivanti anche dall' ordinamento comunitario, altrimenti violando i limiti del compromesso o della clausola compromissoria. In tal caso il lodo sarebbe annullabile ai sensi dell'art. 808 *ter*, n. 4 c.p.c. È chiaro, dunque, come per tali autori le norme inderogabili non necessariamente rientrano nei principi informatori.

⁵⁶¹ Cfr. D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia*, cit., 672; ID., *L'arbitrato ai tempi*, cit., 27.

⁵⁶² Cfr. MARCO DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 68; altresì P. TOSI, *L'arbitrato nel "Collegato lavoro"*, cit., 1172; altresì, R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 142.

⁵⁶³ *Contra*, A. VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale*, cit., 853.

⁵⁶⁴ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 26 ss.

⁵⁶⁵ Conf. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 428; altresì P. TOSI, *op. loc. ult. cit.*

senza dire del riferimento agli obblighi comunitari,⁵⁶⁶ e senza dire, su di un piano completamente diverso, che, come ha ritenuto la corte di cassazione con riguardo alla violazione dei principi informatori da parte del giudice di pace, la sentenza del tribunale è impugnabile in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 c.p.c.⁵⁶⁷

Ulteriore ragione di problematicità del ricorso alla giustizia privata va ancora ravvisata, da un'angolazione completamente diversa, nella prevista modesta entità del compenso del presidente del collegio nell' ipotesi di cui all' art. 412 *quater* c.p.c. novellato.⁵⁶⁸ A proposito di compensi, la legge è muta con riguardo ai compensi degli arbitri nella diversa ipotesi dell' arbitrato deferito dalle parti alla commissione di conciliazione (v. § successivo) "in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine" (art. 412, comma 1, c.p.c. novellato), facendo così sorgere il problema della gratuità o meno del compito da parte della commissione.⁵⁶⁹

5.2. Cenni a sedi arbitrali e a procedimento.

Il procedimento arbitrale può essere svolto nelle sedi e nei modi e con le regole previste dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni maggiormente rappresentative, come stabilisce l'art. 412 *ter*, nuovo testo. Inoltre – e per questo si è prima detto di frammentazione dell' arbitrato⁵⁷⁰ – può svolgersi avanti le commissioni di conciliazione ai sensi dell' art. 412 c.p.c., avanti il collegio di conciliazione ed arbitrato singolarmente costituito ai sensi dell' art. 412 *quater* c.p.c. e composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un presidente scelto di comune accordo tra professori universitari di materie giuridiche e avvocati patrocinanti in cassazione (art. 412 *quater*, comma 2, nuovo testo), avanti le camere arbitrali presso gli organi di certificazione ai sensi dell' art. 31, comma 6 l. n. 183 cit. A quest' ultimo riguardo è da sottolineare che, a differenza di quanto stabilito per le commissioni di conciliazione, nella rosa di chi può fare da presidente del collegio XX non sono qui previsti, accanto ai professori universitari di materie giuridiche e agli avvocati cassazionisti, i magistrati a riposo, che invece possono appunto presiedere le commissioni di conciliazione istituite presso la direzione provinciale del lavoro (v. art. 410, comma 3, c.p.c., nel testo sostituito dall' art. 31, comma 1, del collegato). Ciò, forse, nella logica di evitare che essi, in costanza di servizio e in particolare negli ultimi anni della carriera, possano essere influenzati nel loro lavoro da future prospettive d' impiego come arbitri. Il che non è, però, per il caso in cui le parti in qualunque fase del tentativo di conciliazione si accordino per la risoluzione arbitrale della lite affidando alla commissione di conciliazione il mandato in punto (art. 412, comma 1, c.p.c.).

⁵⁶⁶ Per approfondimento in punto cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 29 ss.; cenno in proposito in CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., 35.

⁵⁶⁷ Cfr. Cass. 27 ottobre 2005, n. 20927, in RFI, 2005, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 62; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 142.

⁵⁶⁸ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 17 ss.

⁵⁶⁹ In proposito cfr. R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale*, cit., 135 ss., per il quale, vista la clausola d'invarianza finanziaria stabilita dall'art. 31, comma 16, l. n. 183/2010 che fa sì che per l'attività lo Stato non possa corrispondere nulla ai componenti della commissione, si dovrebbe ritenere che il compenso va corrisposto loro dalle parti con riguardo alla sola attività arbitrale, di natura privatistica (mandato, del quale si presume l'onerosità ai sensi dell' art. 1709 c.c.) a differenza di quella pubblicistica precedente.

⁵⁷⁰ Icasticamente G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all' arbitrato*, cit., 1, scrive che come Scilla l'arbitrato ha ora più teste o, se si vuole, più tronchi.

Il procedimento, stando alle regole legali, è soggetto ad una disciplina abbastanza sobria, e sfocia o nella raggiunta conciliazione – gli arbitri hanno l'obbligo di effettuare il relativo tentativo - o nel lodo.

È infine discusso – e la natura di impugnazione di un negozio giuridico dello strumento in questione mi fa propendere per la tesi negativa - se il giudice che abbia dichiarato la nullità del lodo possa poi decidere il merito della controversia in via rescissoria.⁵⁷¹

6. Considerazioni conclusive.

Il percorso della certezza del diritto e della deflazione giudiziaria tracciato dal collegato lavoro è dunque accidentato, e il titolo di questo scritto già lo anticipava. Ma non è solo questo. È anche che fa tappa in qualche località non amena tra cui la non linearità delle intenzioni e un'equità che può essere iniqua. Soprattutto, non conduce il viaggiatore dove vuole andare. Ed è questo il peggior inconveniente di un percorso, che fa pensare avesse qualche ragione chi, a proposito di una riforma in materia di diritto fallimentare, ha scritto di rimpiangere un legislatore inerte.⁵⁷²

⁵⁷¹ In senso positivo, con riguardo al caso in cui sia stato conferito agli arbitri il potere di decidere secondo equità, cfr. G. COSTANTINO, *Opinioni*, cit., 174; contra, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 160, sul rilievo, che ho mutuato nel testo, della natura di impugnativa negoziale e non di mezzo d' impugnazione in senso tecnico del rimedio in questione; per D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit., 34, ID., *Gli arbitrati*, cit., 677 ss., la pronunciabilità sul merito nel caso in cui il tribunale abbia dichiarato la nullità del lodo è dubbia.

⁵⁷² Cfr. M. FABIANI, *Nuovi fallimenti e regime transitorio nel rimpianto di un legislatore inerte*, nota a App. Venezia 20 ottobre 2006, Trib. Mondovì 24 ottobre 2006, Trib. Salerno 23 ottobre 2006, Trib. Pistoia 21 luglio 2006, in *FI*, 2006, I, 3494.

Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*

Fabio Ravelli

1. Premessa.	207
2. Le fonti del nuovo sistema disciplinare del pubblico impiego.	208
3. Il nuovo procedimento disciplinare.	210
3.1. Segue: la procedura «semplice».	210
3.2. Segue: la procedura «aggravata».	212
3.3. Segue: le disposizioni comuni alle due procedure.	213
3.4. Segue: l'«ultrattività» del procedimento disciplinare.	216
4. Le tipologie delle sanzioni disciplinari introdotte dal d.lgs. n. 150/09.	217
4.1. Segue: le sanzioni conservative.	217
4.2. Segue: le sanzioni espulsive.	220
4.3. Segue: l'obbligatorietà dell'azione disciplinare.	223
4.4. Segue: il collocamento in disponibilità.	225
5. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale.	225

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 122/2011

1. Premessa.

Gli articoli 67-70 del d.lgs. n. 150/09 — attuativo delle deleghe contenute nella l. n. 15/09 (la c.d. «Riforma Brunetta»), con la quale si è dato il via a quella che è stata definita «terza privatizzazione» del pubblico impiego — introducono importanti novità in materia di potere disciplinare. Essi modificano profondamente il testo dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/01 e arricchiscono il sistema disciplinare mediante l'inserimento nel testo unico di una serie di nuove disposizioni (cfr. gli articoli dal 55 bis al 55 sexies)⁵⁷³.

Le modifiche in materia di potere disciplinare apportate al testo unico si collocano nel contesto di un più ampio intervento normativo, destinato ad incidere su vari profili di regolazione del lavoro pubblico, del quale condividono l'ispirazione di fondo — o, se si preferisce, l'«ideologia» — e, come si vedrà, anche alcune contraddizioni. L'intento dichiarato dal legislatore è quello di migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa, realizzando la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato» (cfr. art. 2, comma 1°, lett. a), l. n. 15/09⁵⁷⁴.

La strategia messa a punto per conseguire tale obiettivo è chiara e, per certi versi, elementare: premiare i «buoni» e punire i «cattivi». Essa passa attraverso il rafforzamento del ruolo dei dirigenti⁵⁷⁵, ora dotati di più poteri (e più responsabilità), ai quali è attribuito il compito di valutare la *performance* dei dipendenti sottoposti al loro potere direttivo, premiando il merito e punendo il demerito, con una certa enfasi, per la verità, posta sul momento del castigo⁵⁷⁶. Che «disciplina» sia una delle parole d'ordine è chiaramente testimoniato dal «florilegio di previsioni di illeciti, responsabilità e sanzioni» offerto dal d.lgs. n. 150/09⁵⁷⁷. Ciò riflette una delle peculiarità della riforma, nonché di una delle sue più evidenti distonie: la metamorfosi in senso efficientista della pubblica amministrazione deve avvenire, secondo il legislatore, aumentando il carico di regolazione eteronoma, mediante l'imposizione di una disciplina rigida che, a ben vedere, mal si concilia con il piglio aziendalestico-manageriale di cui ama fregiarsi l'ispiratore della riforma. La ri-legificazione determinatasi a seguito dell'attuazione della l. n. 15/09 è tangibile sotto vari aspetti, dal sistema delle fonti ai profili sostanziali e procedurali⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Ove non diversamente specificato, gli articoli di legge che d'ora innanzi verranno indicati nel testo sono da intendersi riferiti alla nuova versione del d.lgs. n. 165/01 (c.d. «t.u. sul pubblico impiego»), così come modificato dal d.lgs. n. 150/09.

⁵⁷⁴ L'obiettivo è ulteriormente specificato da una delle norme introduttive del decreto delegato, l'art. 1, comma 2°: «[I]e disposizioni del presente decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità».

⁵⁷⁵ Sulle innovazioni relative alla figura del dirigente introdotte dal d.lgs. n. 150/09, cfr. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 104/2010.

⁵⁷⁶ Più di un autore, a tale proposito, ritiene che si sia voluto instaurare un modello «neo-autoritario». Cfr. CARABELLI, *La «Riforma Brunetta»: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 101/2010, p. 27; ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 87/2009, p. 8 ss.

⁵⁷⁷ L'efficace espressione è di CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 88/2009, p. 34.

⁵⁷⁸ Di «ri-legificazione» della materia parla, e con lui gran parte della dottrina, CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2010, p. 451 ss. Preferisce, invece, esprimersi in termini di «ri-focalizzazione del sistema delle fonti intorno alla legge» CARUSO,

2. Le fonti del nuovo sistema disciplinare del pubblico impiego.

Il d.lgs. n. 150/09 ha profondamente ridisegnato l'assetto delle fonti che disciplinano l'esercizio del potere disciplinare. All'indomani della c.d. «privatizzazione» del pubblico impiego — in ossequio alla regola per cui «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, comma 2°, d.lgs. n. 165/01) — si era realizzata una sostanziale convergenza tra settore pubblico e settore privato quanto a modalità di esercizio del potere disciplinare (salve le inevitabili differenze dovute alle perduranti specificità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione)⁵⁷⁹.

Il sistema disciplinare realizzato dalla privatizzazione poggiava su tre pilastri⁵⁸⁰. In primo luogo l'art. 2106 c.c., il cui richiamo consente di riferire gli obblighi dei pubblici dipendenti, così come avviene nel settore privato, al contratto di lavoro, superando così la risalente concezione del dipendente pubblico come «servitore dello Stato» in virtù della supremazia speciale assegnata alla pubblica amministrazione⁵⁸¹.

Sul versante procedurale, il principale riferimento normativo era costituito dall'art. 7 st. lav., commi 1°, 5° e 8°, per mezzo del quale si fissavano alcuni cardini irrinunciabili ritenuti applicabili sia al pubblico impiego sia al settore privato: affissione del codice disciplinare, contestazione per iscritto ed instaurazione del contraddittorio, termine massimo di due anni per far valere la recidiva. La disciplina stabilita dall'art. 7 st. lav. era poi integrata dalle norme contenute nel vecchio art. 55 del testo unico: si pensi, ad esempio, alle norme che disponevano la devoluzione del procedimento ad un competente ufficio, oppure quelle inerenti all'introduzione dei collegi arbitrali di disciplina.

Infine, un compito di cruciale importanza era affidato alla contrattazione collettiva, incaricata di individuare le infrazioni disciplinari e le sanzioni ad esse connesse, nonché di disciplinare eventuali procedure di definizione stragiudiziale delle controversie aventi ad oggetto la legittimità dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari.

Il sistema disciplinare concepito dal legislatore in occasione delle prime due fasi della privatizzazione del pubblico impiego (quella del 1993 e quella del 1998), per unanime riconoscimento, non ha dato buona prova di sé⁵⁸².

Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni), in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2, 2010, p. 235 ss.

⁵⁷⁹ Per un'approfondita ricostruzione dei tratti che caratterizzano la figura del datore di lavoro pubblico è d'obbligo il rinvio a BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1, 2010, p. 87 ss.

⁵⁸⁰ Per una puntuale ricostruzione del procedimento disciplinare precedente all'entrata in vigore della «Riforma Brunetta», cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in CARINCI e ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, t. 2, Torino, 2004, p. 836 ss.

⁵⁸¹ Cfr. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, I, p. 491 ss.

⁵⁸² Le ragioni sono molteplici e in dottrina sono state efficacemente così riassunte: «le ragioni del fallimento sono tante e largamente indagate: il farraginoso sistema delle impugnazioni, con il *pendant* dell'eccessiva tolleranza (sconfinante in un vero e proprio lassismo) degli organi arbitrali di disciplina; l'eccessiva dilatazione dei tempi del procedimento disciplinare quando connesso al giudizio penale (più che per un'astratta inidoneità del criterio della pregiudiziale penale, per la stessa, abnorme durata media dei giudizi penali nel nostro sistema); la scarsa propensione della dirigenza a fare ricorso ai meccanismi sanzionatori, in un clima di generale e reciproca copertura di manchevolezze e falte del sistema (oltre che individuali); la tradizionale (e inveterata) prassi sindacale di difesa a oltranza

Il legislatore del 2009, preso atto della scarsa effettività del procedimento disciplinare in vigore nel pubblico impiego, ha delegato il governo a «semplificare le fasi dei procedimenti disciplinari, con particolare riferimento a quelli per le infrazioni di minore gravità, nonché razionalizzare i tempi del procedimento disciplinare, anche ridefinendo la natura e l'entità dei relativi termini» (cfr. art. 7, comma 2°, lett. *a*), l. n. 15/09). Le scelte legislative compiute in attuazione della delega, si fondano su due capisaldi: (1) il mutamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva, con un effetto di sostanziale ri-legificazione della materia; (2) l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, con la previsione di sanzioni a carico di coloro che, incaricati di intraprenderla, rimangano inerti (di questo secondo aspetto ci si occuperà nel paragrafo 4)⁵⁸³.

La ri-legificazione altera in modo significativo il rapporto tra contrattazione collettiva e legge, determinando un ridimensionamento della prima a vantaggio della seconda: alla legge è assegnato il ruolo di «fonte principale», al contratto collettivo quello di «fonte sussidiaria»⁵⁸⁴. La legge diviene quindi il perno del sistema disciplinare e i lineamenti del nuovo assetto sono tracciati dagli artt. 40 e 55⁵⁸⁵.

L'art. 40, comma 1°, sancisce infatti che «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari (...) la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalla legge». Tra i limiti che la legge pone alla contrattazione collettiva, circoscrivendone il raggio d'azione, possono essere annoverati, ad esempio, la definizione *ex lege* di alcune infrazioni cui si applica obbligatoriamente la sanzione del licenziamento (cfr. art. 55 *quater*) e il divieto per il contratto collettivo di «istituire procedure di impugnazione di procedimenti disciplinari», salva la possibilità di prevedere «procedure di conciliazione non obbligatoria», peraltro sottoposte a notevoli limitazioni (cfr. art. 55, comma 3°).

La «subalternità della fonte contrattuale rispetto a quella legale»⁵⁸⁶ è ulteriormente rimarcata dall'art. 55, comma 1°, a norma del quale le disposizioni in materia di procedimento disciplinare nel pubblico impiego «costituiscono norme imperative» ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, comma 2°, c.c. Vi è chi dubita che questo sarà sufficiente a limitare in modo sostanziale la capacità pervasiva che la contrattazione collettiva ha dimostrato nel pubblico impiego⁵⁸⁷. D'altro canto, il potere della contrattazione collettiva di definire le infrazioni e determinare le sanzioni conseguentemente applicabili costituisce tuttora la regola, fatte salve le ipotesi legali tassativamente previste che conducono obbligatoriamente all'irrogazione del licenziamento disciplinare

delle ragioni dei dipendenti; la fragilità dei meccanismi d'imputazione e individuazione delle responsabilità; l'oggettiva frammentarietà della disciplina» (cfr. BONURA e CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 105/2010, pp. 14-15).

⁵⁸³ Questi due elementi sono stati messi in luce dalla totalità dei commentatori che si sono occupati della c.d. «Riforma Brunetta». Cfr., per tutti, CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., p. 451 ss.; CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 119/2011; GARILLI e BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1, 2010, p. 1 ss.; FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2, 2009, p. 239 ss.

⁵⁸⁴ Cfr. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI e CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 216.

⁵⁸⁵ In generale, sul ruolo della contrattazione collettiva nel quadro della l. n. 15/09 e del d.lgs. n. 150/09, cfr. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi»: dalla «Riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria» 2010*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 107/2010; ZOPPOLI, *op. cit.*

⁵⁸⁶ Cfr. FERRARO, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

(tanto più che si tratta di fattispecie che normalmente i codici disciplinari contenuti nei contratti collettivi valutano con particolare severità; nel merito, quindi, non saremmo di fronte ad alcunché di rivoluzionario). È tuttavia evidente che il legislatore ha voluto lanciare un preciso messaggio: un messaggio, forte e chiaro, di sfiducia nei confronti della capacità delle parti sociali di regolare in modo efficiente la materia disciplinare⁵⁸⁸.

3. Il nuovo procedimento disciplinare.

Uno dei tratti caratteristici della «Riforma Brunetta» è costituito dalla definizione puntuale, ed imperativa, del procedimento disciplinare.

Il legislatore del 2009 ha ridisegnato l'intero procedimento. Il nuovo art. 55 *bis*, abroga il riferimento all'art. 7 st. lav. e sottrae alla contrattazione collettiva gli spazi di manovra che in passato le erano stati assegnati, imponendo una disciplina dettagliata e inderogabile. L'espunzione del rinvio all'art. 7 st. lav., comunque, non deve destare preoccupazioni sotto il profilo della tutela del lavoratore pubblico: la procedura delineata dall'art. 55 *bis* è sufficientemente garantista e rispettosa dei diritti del soggetto sottoposto all'azione disciplinare, primo fra tutti il diritto al contraddittorio⁵⁸⁹. Nessun attentato ai diritti, dunque; piuttosto, l'introduzione di un significativo elemento di deviazione rispetto al modello di gestione del personale che caratterizza il settore privato.

Quanto ai contenuti del nuovo procedimento disciplinare⁵⁹⁰, la legge delega imponeva al governo di realizzare due obiettivi: la semplificazione delle fasi del procedimento (soprattutto quando vengano in considerazione le infrazioni di minore gravità) e la razionalizzazione dei suoi tempi di svolgimento (cfr. art. 7, comma 2°, lett. *a*), l. n. 15/09). Ciò ha portato ad uno sdoppiamento del procedimento: l'art. 55 *bis* introduce due distinti percorsi — una procedura «semplice» e una «aggravata»⁵⁹¹ — che si differenziano essenzialmente in ragione di due elementi, ossia la gravità dell'infrazione e la titolarità dell'azione disciplinare.

3.1. Segue: la procedura «semplice».

La procedura c.d. «semplice» è destinata ad essere attivata qualora vengano in considerazioni le «infrazioni di minore entità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni» (cfr. art. 55 *bis*, comma 1°). Sotto il profilo della definizione delle fasi del procedimento, lo spazio di manovra lasciato alla contrattazione collettiva è ormai confinato alla disciplina delle procedure disciplinari relative ad infrazioni di poco conto per le quali è previsto il semplice rimprovero verbale (cfr. comma 1°, ultimo periodo).

⁵⁸⁸ Cfr., tra i tanti, ALAIMO, *op. cit.*, p. 32 ss., che parla di contrattazione collettiva «sfiduciata» e DI STASI, *Prime note sulla responsabilità e le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro pubblico a seguito del c.d. «Decreto Brunetta»*, in *Amministrativamente*, 11, 2009, pp. 7-9, il quale pone l'accento sulla delegittimazione delle parti sociali insita nelle scelte del legislatore.

⁵⁸⁹ Cfr. BONURA e CARUSO, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁵⁹⁰ Cfr. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare (artt. 67-70)*, in TIRABOSCHI e VERBARO, *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010, p. 477 ss.

⁵⁹¹ Per questa denominazione cfr. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il Decreto Brunetta*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 5, 2009, p. 759 ss.

Perché la procedura in oggetto possa dispiegarsi è richiesta una seconda condizione, ossia che il responsabile della struttura abbia «qualifica dirigenziale». Ai fini della concreta individuazione del dirigente responsabile dell'azione disciplinare, si dovrà fare riferimento al «requisito formale dell'inquadramento lavorativo»⁵⁹². L'obiettivo di rafforzare i poteri gestionali del dirigente, stabilito dalla legge delega, viene in questo contesto realizzato attraverso il conferimento di maggiori poteri sanzionatori, che si esplicano soprattutto nell'ambito della procedura «semplice», di cui il dirigente è il vero e proprio *dominus*.

Il procedimento disciplinare si apre con la formale contestazione dell'addebito. Il dirigente, avuta notizia di condotte punibili con le sanzioni di minore gravità di cui all'art. 55 *bis*, comma 1°, contesta per iscritto l'addebito al dipendente⁵⁹³, convocandolo per il contraddittorio a sua difesa. La contestazione deve essere effettuata «senza indugio» e, comunque, non oltre 20 giorni dalla conoscenza del fatto per cui si procede. La convocazione del dipendente, a differenza di quanto avviene nel settore privato, costituisce un «adempimento necessario» ed è funzionale all'instaurazione del contraddittorio⁵⁹⁴. Ai fini della convocazione, il dirigente deve tener conto di due vincoli temporali: il lavoratore ha diritto ad un congruo preavviso, comunque non inferiore a 10 giorni; inoltre, in ossequio al principio processuale di concentrazione — che il legislatore delegato mostra di tenere in grande considerazione — l'intero procedimento deve concludersi entro 60 giorni dalla contestazione dell'addebito (salvo il caso di differimento di cui si dirà tra breve). Quanto al contenuto, si deve ritenere che la contestazione dell'addebito, pur nel silenzio della legge, debba soddisfare i requisiti di specificità e immodificabilità che la giurisprudenza ricava dall'art. 7 st. lav.⁵⁹⁵

Una volta instaurato il contraddittorio, il dipendente può presentare le difese del caso, avvalendosi, così come avviene nel settore privato, dell'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante sindacale. Il lavoratore, peraltro, può scegliere se presentarsi personalmente o inviare una memoria scritta. In questo secondo caso, l'invio deve essere effettuato prima della scadenza del termine fissato dal datore per la convocazione, pena la decadenza dal diritto.

In caso di «grave ed oggettivo impedimento» da parte del lavoratore, questi può formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. La norma non qualifica ulteriormente la natura dell'impedimento idoneo a far sorgere in capo al lavoratore il diritto al rinvio del termine. Tuttavia, due elementi fanno propendere per un'interpretazione restrittiva del dato normativo, con esclusione, quindi, di ricostruzioni ermeneutiche volte a ritenere rilevanti ipotesi di mera difficoltà: da un lato, il riferimento alla simultanea «gravità» ed «oggettività» dell'impedimento (condizioni, queste, che devono sussistere contemporaneamente, sicché un impedimento

⁵⁹² Cfr. LOSTORTO, *op. cit.*, p. 489. La circ. DFP n. 14/10 precisa che «con l'espressione in "possesso della qualifica di dirigente" la norma fa riferimento non solo ai dipendenti reclutati ed inquadrati come dirigenti a tempo indeterminato, ma anche ai titolari di incarico dirigenziale con contratto a tempo determinato, con inclusione quindi dei soggetti preposti ai sensi dell'art. 19, comma 6°, del d.lgs. n. 165/2001 e ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 267/2000 per gli enti locali o di analoghe norme previste negli ordinamenti delle altre amministrazioni».

⁵⁹³ Per quanto riguarda gli strumenti con cui effettuare la contestazione scritta, nonché le altre comunicazioni rilevanti ai fini del procedimento, cfr. *infra* il par. 3.3.

⁵⁹⁴ Cfr. Trib. Catania 19 marzo 2011, secondo cui «mentre nel lavoro privato l'audizione a difesa del dipendente è necessaria solo se il lavoratore abbia fatto espressa richiesta di essere ascoltato dopo aver ricevuto la contestazione disciplinare, nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, pur contrattualizzato, la convocazione del dipendente per la difesa costituisce atto dovuto dell'amministrazione, che deve necessariamente convocare il dipendente per sentirlo a sua difesa anche se il lavoratore non ne abbia fatto richiesta».

⁵⁹⁵ Cfr. LOSTORTO, *op. cit.*, p. 491.

oggettivo, ma non grave, potrebbe non essere ritenuto sufficiente); dall'altro, la possibilità, comunque data al lavoratore a garanzia del suo diritto di difesa, di inviare una memoria difensiva scritta. Non è specificato, invece, di quale entità possa essere il rinvio. L'art. 55 *bis*, comma 2°, si limita a definire gli effetti del rinvio sulla durata complessiva del procedimento, precisando che «in caso di differimento superiore a 10 giorni (...) il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente». L'entità del rinvio, quindi, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, cui spetterà il compito di assicurarne la congruità, ponendo attenzione a due fattori: una eccessiva dilatazione temporale del procedimento contraddirebbe il principio di concentrazione cui si è precedentemente fatto cenno; un differimento troppo breve pregiudicherebbe il diritto di difesa del lavoratore, con conseguente illegittimità della sanzione disciplinare eventualmente irrogata. In ogni caso, il differimento può essere disposto una sola volta nel corso del procedimento.

Il procedimento prosegue con lo svolgimento dell'eventuale attività istruttoria che il dirigente ritenga utile esperire. Le informazioni acquisite prima dell'avvio dell'azione disciplinare, nonché quelle fornite dallo stesso dipendente (personalmente o mediante memoria scritta), possono infatti non essere del tutto esaurienti. Pertanto, il titolare dell'azione disciplinare può «acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento» (cfr. art. 55 *bis*, comma 6°). Sebbene la norma non dia precise indicazioni in tal senso, è da ritenere che il lavoratore abbia diritto di prendere posizione anche su tali ulteriori risultanze istruttorie; in mancanza, il principio del contraddittorio sarebbe certamente violato. Tale eventuale attività istruttoria, in ogni caso, non sospende il decorso dei termini fissati dalla legge e, dunque, non incide sulla durata complessiva dello stesso.

Salvo il caso di rinvio per impedimento del lavoratore, entro 60 giorni dalla contestazione dell'addebito il procedimento deve giungere a conclusione, pena la decadenza dell'azione disciplinare. Il responsabile di struttura, valutate le difese del lavoratore ed espletata l'eventuale ulteriore attività istruttoria, «conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione». La legge non fissa un termine per la materiale esecuzione della sanzione, ma è da ritenersi che, così come affermato dalla giurisprudenza con riferimento al settore privato, trovi applicazione il principio di immediatezza.

Con l'abrogazione del rinvio all'art. 7, comma 8°, st. lav., non trova più applicazione la norma secondo la quale «non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione». Tuttavia, la contrattazione collettiva ben potrà supplire a questa lacuna⁵⁹⁶.

3.2. Segue: la procedura «aggravata».

È invece prevista l'attivazione della procedura c.d. «aggravata» in due classi di ipotesi: qualora vengano in considerazione le già citate «infrazioni di minore gravità» di cui al comma 1°, nel caso in cui il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale; in ogni caso, per le infrazioni

⁵⁹⁶ Cfr. CURRAO e PICARELLA, *Lo sguardo «severo» del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *Working Papers CSDLE «Massimo D'Antona»*, IT – 109/2010, p. 6.

punibili con sanzioni più gravi, ossia con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni o con il licenziamento disciplinare. La procedura aggravata è condotta dal competente «ufficio per i procedimenti disciplinari» (d'ora innanzi: u.p.d.) che ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, è tenuta ad individuare⁵⁹⁷.

La sequenza procedimentale di base ricalca sostanzialmente quella disposta per le infrazioni di minore gravità: contestazione dell'addebito, convocazione per il contraddittorio, istruttoria, conclusione del procedimento. In quanto compatibili, le norme contenute nel comma 2° si applicano, per espresso rinvio operato dalla legge, anche alla procedura aggravata. Vi sono tuttavia alcune differenze dovute sia al coinvolgimento dell'u.p.d., sia al fatto che si verte attorno ad infrazioni più gravi, che dunque possono incidere in modo più pesante, in caso di irrogazione della sanzione, sulla posizione del lavoratore.

Sotto il primo profilo, il responsabile della struttura, non potendo gestire direttamente il procedimento disciplinare, avuta notizia del fatto, è tenuto a trasmettere gli atti al competente u.p.d. entro 5 giorni, dandone contestuale comunicazione all'interessato (art. 55 bis, comma 3°). Questo implica che il termine per la contestazione dell'addebito debba decorrere non già dal momento in cui il responsabile della struttura venga a conoscenza del fatto cui sia attribuibile rilevanza disciplinare, bensì dal momento in cui l'u.p.d. riceva gli atti trasmessi dal responsabile. La procedura può altresì essere attivata in assenza di *input* provenienti dal responsabile della struttura: ciò può avvenire quando l'u.p.d. «abbia altrimenti acquisito notizia dell'infrazione» (cfr. comma 4°). In tal caso, il termine per la contestazione dell'addebito decorre a partire dal momento in cui l'ufficio abbia acquisito tale informazione.

Sotto il secondo profilo, nel caso in cui l'infrazione contestata possa dare luogo all'applicazione di una sanzione grave (sospensione senza retribuzione superiore ai dieci giorni; licenziamento), i termini del procedimento disciplinare sono raddoppiati rispetto a quelli previsti nell'ambito della procedura disposta per le infrazioni di minore gravità di cui al comma 1°.

3.3. Segue: le disposizioni comuni alle due procedure.

Vi sono poi una serie di disposizioni che accomunano le due procedure, che per comodità espansiva possono essere racchiuse in quattro punti.

I) La prima costituisce una novità procedurale che, seppur pensata per il solo pubblico impiego, potrebbe in futuro avere qualche ripercussione anche nel settore privato. Si tratta dell'introduzione di una ulteriore forma di pubblicità del codice disciplinare che si affianca alla più tradizionale affissione. L'art. 55, comma 2°, dispone infatti che «la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare (...) equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso

⁵⁹⁷ Quanto alla composizione dell'u.p.d., la circ. DFP n. 14/10 precisa quanto segue: «[n]on è specificato in questo caso se il responsabile dell'u.p.d. debba essere dirigente. È chiaro che per le Amministrazioni dello Stato questa rappresenta la regola generale, mentre per gli enti locali privi della qualifica dirigenziale, frequentemente si presenta il caso di investitura di funzionari. In proposito, poiché il comma 4° del menzionato art. 55 bis per la costituzione degli u.p.d. fa rinvio al "proprio ordinamento", negli enti locali privi di qualifica dirigenziale la responsabilità dell'ufficio può essere attribuita anche ai funzionari a cui sono assegnate le funzioni dirigenziali ai sensi del citato art. 109, comma 2°, del d.lgs. n. 267/2000».

della sede di lavoro». Il presupposto applicativo di tale norma è che il dipendente pubblico disponga di un computer con accesso ad *Internet*. Poiché ciò non è sempre dato, nei confronti di quei dipendenti sprovvisti di computer la sanzione potrà legittimamente essere irrogata solo previa affissione del codice disciplinare⁵⁹⁸. Nei confronti di tutti gli altri, però, la conoscenza del contenuto del codice disciplinare potrà essere data per acquisita in seguito alla pubblicazione dello stesso sul sito istituzionale dell'ente di appartenenza. Tale disposizione — che sostituisce il rinvio all'art. 7, comma 1°, st. lav., contenuto nella precedente versione dell'art. 55 — prende opportunamente atto, in un'ottica miglioramento dell'efficienza del procedimento, dei progressi tecnologici che hanno ormai profondamente modificato il modo di lavorare⁵⁹⁹. Data la crescente importanza assunta sul luogo di lavoro dagli strumenti immateriali, v'è da chiedersi se una simile soluzione non possa essere prospettata, in via interpretativa, anche per il settore privato, nel quale, ad oggi, la giurisprudenza continua a ritenerne inammissibili forme di pubblicità del codice disciplinare diverse dall'affissione in luogo accessibile a tutti⁶⁰⁰.

II) In secondo luogo, tutti i termini fissati dall'art. 55 *bis* sono da considerarsi perentori, sicché la loro violazione comporta in ogni caso la decadenza dall'azione disciplinare (per l'amministrazione) ovvero dall'esercizio del diritto di difesa (per il dipendente)⁶⁰¹. La *ratio* è quella di assicurare il rispetto del principio di immediatezza dell'azione disciplinare e di concentrazione del procedimento, così da evitare che il trascorrere di un eccessivo lasso di tempo ne pregiudichi l'efficacia. La natura perentoria dei termini del procedimento disciplinare è confermata da quanto stabilito dall'ultimo periodo del comma 5°, laddove si precisa che le eventuali esigenze istruttorie (es. acquisizione da altre amministrazioni di informazioni o documenti rilevanti) «non determina[no] la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini». È evidente l'intento del legislatore di stroncare sul nascere le pratiche dilatorie — alcune scientemente adottate dalle parti, altre indotte dalla obiettiva farraginosità del procedimento — che in passato hanno minato alla base l'effettività del sistema sanzionatorio.

III) Il legislatore si preoccupa altresì di disciplinare in modo assai dettagliato la forma che le comunicazioni al dipendente debbono assumere nel contesto del procedimento disciplinare. A tale riguardo, l'art. 55 *bis*, comma 5°, dispone che ogni comunicazione sia effettuata tramite posta

⁵⁹⁸ Cfr. ROMELI, *I procedimenti disciplinari*, in *Amministrativamente*, 12, 2009, p. 4; DI STASI, *op. cit.*, p. 5. Alla medesima conclusione giunge il Dipartimento della Funzione Pubblica, secondo il quale «le amministrazioni potranno completamente sostituire la pubblicità tramite affissione con la pubblicazione *on line* solo qualora l'accesso alla rete *internet* sia consentito a tutti i lavoratori, tramite la propria postazione informatica» (cfr. circ. DFP n. 14/10).

⁵⁹⁹ In dottrina s'è tuttavia levata qualche voce critica, secondo la quale il d.lgs. n. 150/09 avrebbe disatteso la delega contenuta nell'art. 7, comma 2°, lett. *n*) della legge delega n. 15/09. Laddove la legge delega si esprime in termini di «equipollenza» tra affissione del codice e sua pubblicazione sul sito *web* dell'ente di appartenenza del lavoratore, il decreto attuativo sembrerebbe invece voler «limitare la conoscibilità del codice disciplinare solamente attraverso la sua pubblicazione sul sito *web* dell'amministrazione» (cfr. DI STASI, *op. cit.*, p. 5). In realtà, non sembra che la norma di cui all'art. 55, comma 2°, configuri un eccesso di delega, quanto meno se, in sede interpretativa, come sembra inevitabile, si escluda che l'effetto di equipollenza si realizzi nei confronti di quei lavoratori sprovvisti di computer.

⁶⁰⁰ Cfr. Cass. S.U. 5 febbraio 1988, n. 1208. Sul punto cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, p. 6; ROMELI, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁶⁰¹ Cfr. Trib. Catania 19 marzo 2011: «i termini perentori in questione [nella fattispecie, si trattava dei termini previsti per la contestazione dell'infrazione e per la convocazione del dipendente], ove violati, determinano *ex se*, per expressa previsione di legge, la decadenza dell'amministrazione dall'azione disciplinare e, di conseguenza, l'illegittimità della sanzione irrogata, senza che risulti sindacabile la effettiva compromissione dei diritti di difesa del dipendente».

elettronica certificata, qualora il dipendente disponga di idonea casella di posta, ovvero attraverso lettera consegnata a mano. Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito è inoltre consentito l'uso del fax⁶⁰². È sempre possibile ricorrere allo strumento della raccomandata con ricevuta di ritorno.

IV) Come si è visto nel paragrafo 2, la riforma riduce drasticamente la possibilità di fare ricorso a strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie originate dall'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro pubblico. L'intenzione del legislatore è chiaramente manifestata fin dalla legge delega, che impone di «abolire i collegi arbitrali di disciplina vietando espressamente di istituirli in sede di contrattazione collettiva». Il decreto attuativo ha dato corpo a tale direttiva compiendo tre mosse: ha vietato espressamente alla contrattazione collettiva di istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari (cfr. art. 55, comma 3°); ha abolito l'art. 56⁶⁰³; ha vietato, a pena di nullità, l'impugnazione di sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, prevedendo inoltre un termine assai breve per la conclusione dei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della riforma (cfr. art. 73, comma 1°, d.lgs. n. 150/09)⁶⁰⁴. Ciò che residua è la possibilità di istituire «procedure di conciliazione non obbligatoria» (art. 55, comma 3°). L'attivazione della procedura conciliativa eventualmente istituita dal contratto collettivo determina la sospensione dei termini del procedimento disciplinare. Solo in caso di esito negativo della conciliazione i termini riprendono a decorrere. Nel disciplinare tali procedure stragiudiziali, tuttavia, la fonte contrattuale incontra una serie di limiti imposti dalla legge. Il limite più evidente è che si tratta di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie del tutto facoltativi e che le parti, pertanto, non possono essere costrette a ricorrervi. Ciò significa, da un lato, che il lavoratore, anche quando il contratto collettivo preveda la possibilità di ricorrere a procedure conciliative, potrà decidere di non avvalersene; dall'altro, che l'amministrazione potrà opporre un rifiuto alla proposta di conciliazione proveniente dal dipendente che intenda attivare l'apposita procedura.

Il contratto collettivo, a norma dell'art. 55, comma 3°, definisce gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione. Tuttavia, lo svolgimento della procedura soggiace a precisi vincoli: questa, infatti, deve «instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a 30 giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione»; l'irrogazione della sanzione, quindi, opera come una preclusione. Ulteriori limitazioni riguardano le sanzioni che possono essere comminate in esito allo svolgimento della procedura conciliativa. In primo luogo, la procedura non può essere attivata nei casi in cui vengano in considerazione infrazioni per le quali è prevista la sanzione del licenziamento disciplinare. Fa da *pendant* a tale previsione l'art. 55 *quater*, il quale individua le ipotesi in cui la sanzione del licenziamento, con o senza preavviso, trova «comunque» applicazione. In secondo luogo, la procedura conciliativa non può dar luogo ad una sanzione «di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto

⁶⁰² In quest'ultimo caso, previa indicazione, da parte del lavoratore, del numero di fax di cui il lavoratore o il suo procuratore dispongano.

⁶⁰³ Cfr. art. 56 d.lgs. n. 165/01: «Se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'articolo 66, con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 7, commi sesto e settimo, della legge 20 maggio 1970, n. 300».

⁶⁰⁴ Cfr. art. 73, comma 1°, d.lgs. n. 150/09: «dalla data di entrata in vigore del presente decreto non è ammessa, a pena di nullità, l'impugnazione di sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina. I procedimenti di impugnazione di sanzioni disciplinari pendenti dinanzi ai predetti collegi alla data di entrata in vigore del presente decreto sono definiti, a pena di nullità degli atti, entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla predetta data».

collettivo, per l'infrazione per la quale si procede». Ferma la tipologia della sanzione, che non può essere modificata in sede conciliativa, l'accordo delle parti può tutt'al più insistere sulla sua entità, che verrà determinata individuando una misura collocata all'interno dei limiti edittali predeterminati dalla fonte legale o contrattuale. In altre parole: se per un'infrazione è prevista la sanzione della sospensione senza retribuzione compresa tra un minimo ed un massimo, le parti potranno fissare, entro i limiti edittali previsti, il numero di giorni di sospensione applicabili, ma non potranno commutare la sanzione, ad esempio accordandosi per l'irrogazione di una multa.

Infine, la sanzione determinata in sede di procedura conciliativa non è soggetta ad impugnazione. In dottrina si ritiene, però, che in linea di principio non possa ritenersi preclusa «l'impugnazione, ad opera del dipendente, della sanzione concordemente determinata per motivi attinenti alla capacità ed alla integrità del volere del medesimo»⁶⁰⁵.

3.4. Segue: l'«ultrattività» del procedimento disciplinare.

Tra le novità introdotte dall'art. 55 *bis* meritano un cenno le disposizioni che prevedono la c.d. «ultrattività» del procedimento, vale a dire l'idoneità dell'azione disciplinare a produrre effetti rilevanti per la sfera giuridica del lavoratore ad essa sottoposto anche a seguito del venir meno del collegamento giuridico tra il dipendente e l'amministrazione precedente. L'art. 55 *bis* disciplina in particolare due ipotesi: (1) il trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, ad altra amministrazione (comma 8°); le dimissioni del dipendente (comma 9°).

In caso di trasferimento, è previsto che «il procedimento disciplinare [sia] avviato o concluso o la sanzione irrogata» presso l'amministrazione di destinazione. Al fine di consentire una proficua prosecuzione dell'azione, i termini sono «interrotti» e riprendono a decorrere alla data del trasferimento. In tal modo, si vuole evitare che la prosecuzione dell'azione sia pregiudicata dal decorso dei termini perentori previsti dalla legge e dal conseguente sopraggiungere della decadenza. L'interruzione dei termini — cosa ben diversa dalla sospensione — fa sì che, in caso di trasferimento, il procedimento possa di fatto durare ben oltre i termini perentori previsti dalla legge⁶⁰⁶.

In caso di dimissioni del dipendente — qualora per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o se comunque sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio — la risoluzione del contratto non implica la caducazione dell'azione disciplinare, che prosegue, così che «le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto».

La previsione da parte del legislatore dell'ultrattività del procedimento disciplinare ha sollevato alcune critiche. Per l'ipotesi del trasferimento, si è ritenuto incongruo gravare l'amministrazione di destinazione del compito di portare avanti un procedimento disciplinare a carico di un soggetto che non si è reso responsabile di alcun inadempimento nei confronti del nuovo datore di lavoro⁶⁰⁷. La critica è fondata. Se l'esercizio del potere disciplinare è funzionale al ripristino del corretto

⁶⁰⁵ Cfr. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2010, p. 13.

⁶⁰⁶ Cfr. DI PAOLA, *op. cit.*, pp. 20-21, il quale osserva: «il procedimento potrebbe rimanere aperto per un lasso di tempo pari quasi al doppio di quello ordinariamente fissato qualora, ad esempio, al momento del trasferimento in questione manchi un solo giorno per la conclusione del procedimento stesso». Se la norma avesse disposto la sospensione, i termini avrebbero ricominciato a decorrere dal momento dell'intervenuta sospensione e non dall'inizio, come impone il ricorso alla figura dell'«interruzione».

⁶⁰⁷ Cfr. URSSI, *op. cit.*, p. 764.

svolgimento dell'attività di lavoro, il trasferimento del dipendente fa venir meno l'interesse dell'amministrazione di provenienza a portare avanti il procedimento e ancor meno interessata a farlo dovrebbe essere l'amministrazione di destinazione.

Viene altresì messa in dubbio l'utilità di concludere comunque il procedimento nel caso in cui il lavoratore rassegni volontariamente le proprie dimissioni. Anche in questo caso, infatti, verrebbe meno l'interesse dell'amministrazione, se non, forse, quello connesso ad esigenze di prevenzione generale, che però non sembrano trovare adeguata giustificazione⁶⁰⁸. Una simile critica cogliebbe pienamente nel segno se si vertesse in tema di lavoro privato. Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni presenta tuttavia alcune peculiarità che non rendono inutile o esorbitante la prosecuzione del procedimento fino alla sua naturale conclusione. Altra dottrina, ad esempio, segnala una serie di casi in cui il fatto di avere subito un licenziamento disciplinare disposto da una amministrazione potrebbe precludere la partecipazione del lavoratore a future procedure concorsuali (simili preclusioni sono spesso previste dai bandi di concorso). Orbene, se il lavoratore potesse sottrarsi all'azione disciplinare dimettendosi, aggirerebbe facilmente l'ostacolo. Evidentemente, è questo che il legislatore vuole evitare⁶⁰⁹.

4. Le tipologie delle sanzioni disciplinari introdotte dal d.lgs. n. 150/09.

Una delle più evidenti conseguenze della ri-legificazione disposta dalla «Riforma Brunetta» è certamente rappresentata dalla sottrazione alla contrattazione collettiva del potere di determinare in via esclusiva infrazioni e sanzioni⁶¹⁰. Gli artt. 55 bis, 55 quater e 55 sexies introducono una serie di sanzioni di natura sia conservativa sia espulsiva, delle quali i futuri codici disciplinari dovranno obbligatoriamente tener conto.

L'intromissione della legge in un campo che, a seguito della privatizzazione, era stato riservato alla fonte contrattuale è sintomatica della volontà del legislatore di valorizzare la leva disciplinare come ordinario strumento di gestione del personale, quasi che l'esercizio dei poteri sanzionatori costituisca una vicenda attinente alla fisiologia del rapporto di lavoro invece che alla sua patologia⁶¹¹. Tale operazione viene condotta, da un lato, incidendo sui poteri di disposizione della fonte negoziale in ordine alla qualificazione giuridica dei fatti idonei a integrare un'ipotesi di infrazione punibile con l'irrogazione di una sanzione disciplinare e, dall'altro, comprimendo la discrezionalità dell'autorità precedente circa l'*an* e il *quantum* della sanzione applicabile al caso concreto.

4.1. Segue: le sanzioni conservative.

La prima sanzione che conviene prendere in esame è quella prevista dall'art. 55 sexies, comma 1°, il quale punisce con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, da un minimo di 3 giorni fino a un massimo di 3 mesi, il dipendente che, a causa del proprio comportamento

⁶⁰⁸ Cfr. URSI, *op. cit.*, p. 765, secondo il quale «un'irrogazione di sanzione postuma non trova alcune giustificazioni in relazione alle finalità generali di potenziamento con il livello di efficienza ed il contrasto dei fenomeni di scarsa produttività. Forse si cerca di evidenziare i profili preventivi nei confronti degli altri dipendenti, ma in tal caso la previsione appare sproporzionata ed irragionevole».

⁶⁰⁹ Per riferimenti specifici, cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, p. 11.

⁶¹⁰ Cfr. la precedente versione dell'art. 55, il cui comma 3° così disponeva: «salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 23, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi».

⁶¹¹ Cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, p. 13. Si vedano anche le considerazioni di CARABELLI, *op. cit.*, p. 29, il quale mette in evidenza una delle idee di fondo della riforma, ossia sia che «il potere disciplinare costituisce la via maestra per il raggiungimento di maggiori livelli di efficienza del lavoro pubblico».

negligente, abbia cagionato la condanna dell'amministrazione di appartenenza al risarcimento del danno derivante dalla sua condotta. L'entità della sospensione è commisurata non, come ci si aspetterebbe, alla gravità della condotta del lavoratore, bensì all'entità del risarcimento al quale l'amministrazione è stata condannata; il che costituisce un'applicazione ben strana del principio di proporzionalità che presiede alla determinazione delle sanzioni, trattandosi di una misura disciplinare e non di una misura risarcitoria. Presupposti di applicazione della sanzione in oggetto sono, da un lato, la violazione da parte del dipendente di obblighi scaturenti dalla legge, da atti amministrativi o dal contratto e, dall'altro, la circostanza che non ricorrono i presupposti per l'applicazione di altra sanzione disciplinare. Sebbene la norma non fornisca ulteriori dettagli, è preferibile ritenere che debba essere accertata la natura colposa della condotta del lavoratore, così come previsto dalla legge delega⁶¹².

Tra le sanzioni conservative introdotte dalla legge, due sono funzionali all'effettivo esercizio del potere disciplinare. La *ratio* comune a tali sanzioni è da rinvenire nell'esigenza di contrastare i comportamenti omissioni od ostruzionistici in passato spesso tenuti da coloro che avrebbero dovuto dare impulso all'azione disciplinare o, comunque, collaborare al suo buon esito⁶¹³.

La prima è prevista dall'art. 55 *bis*, comma 7°, e punisce la violazione, da parte del dipendente, o del dirigente, del dovere di leale collaborazione con l'autorità disciplinare precedente. Si tratta di una soluzione inedita, secondo alcuni di sapore vagamente «maccartista»⁶¹⁴. La condotta sanzionata dalla disposizione in oggetto è quella posta in essere dal dipendente (o dal dirigente), appartenente alla stessa amministrazione dell'inculpato o ad una diversa, che essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso: (1) rifiuti, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare precedente, ovvero (2) renda alla medesima autorità dichiarazioni false o reticenti. Qualora si verifichi una di queste ipotesi, si applica la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, da commisurarsi alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni.

La seconda è prevista dall'art. 55 *sexies*, comma 3°, e mira a colpire «il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare». L'idea di fondo è chiara: si vuole creare un conflitto di interessi tra il soggetto chiamato ad irrogare la sanzione e il destinatario della stessa, secondo l'antico adagio «*mors tua, vita mea*». La sanzione prevista è, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, quella della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione; essa è proporzionata alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di 3 mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento. Inoltre, è prevista la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della

⁶¹² Cfr. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 414. L'A. fa correttamente notare che l'art. 55 *sexies*, comma 1°, costituisce attuazione dell'art. 7, comma 2°, lett. g), della legge delega, il quale prescrive l'introduzione di «ipotesi di illecito disciplinare in relazione alla condotta colposa del pubblico dipendente che abbia determinato la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni».

⁶¹³ Cfr. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 123, il quale mette in luce il fatto che «l'esercizio concreto delle prerogative datoriali da parte del dirigente è risultato (...) soggettivamente difficoltoso (...), per l'inerzia e la ritrosia dimostrata da parte ragguardevole della dirigenza nell'esercitare le predette prerogative, laddove, invece, esplicitamente o implicitamente riconosciute».

⁶¹⁴ Cfr. URSSI, *op. cit.*, p. 764.

durata della sospensione. Invece, ai soggetti non dirigenti, si applica la sanzione della sospensione con privazione della retribuzione, nei termini sopra precisati, «ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo»⁶¹⁵. Ai fini dell'applicazione della sanzione in oggetto si richiede che il mancato esercizio dell'azione disciplinare o la decadenza dalla stessa siano «dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni dell'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare». La formulazione utilizzata dal legislatore, tuttavia, potrebbe far sorgere qualche incertezza interpretativa, non essendo facile stabilire in modo univoco in quali casi la valutazione circa l'insussistenza dell'illecito sia «irragionevole» o «manifestamente infondata»; allo stesso modo, potrebbe non essere sempre agevole stabilire in quali casi la condotta per la quale si procede abbia «oggettiva e palese rilevanza disciplinare»⁶¹⁶.

Di notevole rilevanza pratica è la questione attinente all'individuazione del soggetto incaricato di sanzionare il dirigente che abbia omesso di esercitare il proprio potere disciplinare ai sensi dell'art. 55 *sexies*, comma 3°. L'art. 55, comma 4°, prevede, per questa ipotesi, l'attivazione della procedura aggravata di cui all'art. 55 bis, comma 4°, con il conseguente coinvolgimento dell'u.p.d., salvo il fatto che «le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare dell'incarico conferito ai sensi dell'art. 19, comma 3°»⁶¹⁷. Posto che il provvedimento disciplinare nei confronti del dirigente debba essere adottato dal dirigente apicale, la legge lascia senza risposta la classica domanda che spesso sorge in relazione alla distribuzione del potere di controllo all'interno delle organizzazioni complesse: «chi controlla i controllori?». Il problema può essere risolto prevedendo *ex ante* un ufficio competente a pronunciarsi sulle infrazioni dei dirigenti apicali; diversamente il sistema rischierebbe una pericolosa *impasse*⁶¹⁸.

L'esercizio del potere disciplinare non è solo imposto mediante la previsione di sanzioni che puniscono i comportamenti connotati da inerzia, ma è anche incoraggiato attraverso l'alleggerimento della responsabilità collegata allo scorretto utilizzo di tale potere da parte del dirigente⁶¹⁹. L'art. 55 *sexies*, comma 4°, sancisce infatti che «la responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata, in conformità ai principi generali, ai casi di dolo

⁶¹⁵ La previsione di una sanzione a carico dei soggetti non aventi qualifica dirigenziale tiene conto del fatto che, per i procedimenti di maggiore gravità, la titolarità dell'azione disciplinare è assegnata all'u.p.d., ossia ad un organo collegiale composto da dirigenti e non dirigenti. Pertanto, il legislatore vuole che l'intero collegio, e non solo il dirigente che ne è sia a capo, paghi per il mancato esercizio dell'azione disciplinare. Il contratto collettivo può tuttavia disporre diversamente, ad esempio prevedendo un esonero dalla responsabilità per i membri dell'u.p.d. che non rivestano ruoli dirigenziali. Non potrebbero beneficiare di tale esonero, tuttavia, quei componenti dell'u.p.d., non aventi qualifica dirigenziale, che appartengano al pubblico impiego «non contrattualizzato».

⁶¹⁶ Cfr. ROMEL, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶¹⁷ Cfr. art. 19, comma 3°: «gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 o, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali e nelle percentuali previste dal comma 6°».

⁶¹⁸ Cfr. LOSTORTO, *op. cit.*, p. 508.

⁶¹⁹ Cfr. MATTARELLA, *La «Riforma Brunetta» del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2010, p. 34 ss., il quale, richiamando l'art. 55 *sexies*, comma 4°, mette in evidenza il *favor* che connota l'atteggiamento del legislatore nei confronti dell'esercizio del potere disciplinare da parte del dirigente.

o colpa grave».

La dottrina si è interrogata sulla natura della responsabilità connessa alla commissione, da parte del dirigente, dell'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, comma 3°. La norma la qualifica in termini di responsabilità disciplinare, introducendo un segno di discontinuità rispetto al passato⁶²⁰. Tuttavia, se si pone attenzione al contenuto della disciplina, emergono elementi che mettono in dubbio la qualificazione operata dal legislatore. La responsabilità descritta dall'art. 56 *sexies*, comma 3°, mostra in realtà alcuni tratti in comune con la responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21: (1) la condotta posta a base dell'infrazione si sostanzia in una violazione degli obblighi derivanti dall'incarico dirigenziale; (2) la sanzione, per come è strutturata, può essere comminata solo dopo che sia stata esperita la procedura di valutazione sull'operato del dirigente (così pare doversi interpretare il riferimento alla mancata attribuzione della retribuzione di risultato, ossia di un emolumento da determinarsi necessariamente *ex post*, all'esito della valutazione); (3) l'irrogazione della misura sanzionatoria in parola, infine, non tiene conto del rapporto di proporzionalità tra infrazione e sanzione richiesto dall'art. 2106 c.c., che costituisce uno dei limiti sostanziali posti all'esercizio del potere disciplinare. Al contrario, nel contesto dell'art. 55 *sexies*, comma 3°, il rapporto di proporzionalità si instaura, in modo invero un po' anomalo per l'ambito disciplinare, tra la gravità dell'infrazione non perseguita dal dirigente e la sanzione a quest'ultimo applicata⁶²¹. L'art. 55 *sexies*, comma 3°, può dunque essere considerato un chiaro esempio di quella «contaminazione» tra le due tipologie di responsabilità, dirigenziale e disciplinare, realizzata dal d.lgs. n. 150/09⁶²².

4.2. Segue: le sanzioni espulsive.

La scarsa propensione dimostrata dai soggetti titolari del potere disciplinare a fare ricorso alla sanzione del licenziamento disciplinare ha indotto il legislatore a prevedere una serie di fattispecie in presenza delle quali la massima sanzione trovi «comunque» applicazione. Le infrazioni per le quali la legge prescrive il licenziamento disciplinare sono indicate dall'art. 55 *quater*, commi 1° e 2°. Riferendosi alle ipotesi di cui al comma 1°, il comma 3° opera una distinzione sulla base della previsione, o meno, dell'obbligo di preavviso.

Il licenziamento disciplinare è senza preavviso nei seguenti casi:

- falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. a))⁶²³;

⁶²⁰ Cfr. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., p. 36.

⁶²¹ Cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶²² Cfr. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., p. 36. Parte della dottrina si spinge anche oltre, teorizzando che «nonostante il linguaggio utilizzato dal legislatore e alcune differenze procedurali, non ci sia una separazione concettuale tra le due responsabilità, ma che si tratti di una articolazione di diverse tipologie di addebito riconducibili ai diversi obblighi che costituiscono l'oggetto della prestazione di lavoro dirigenziale: addebiti differenziati in ordine alle modalità di accertamento e di sanzione, ma riconducibili a una responsabilità contrattuale unitaria. Questa lettura consentirebbe di ricostruire le nuove normative legislative e contrattuali dando un significato a quelle che altrimenti si configurerebbero come incongruenze e sovrapposizioni» (cfr. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, IT – 112/2010, p. 2).

⁶²³ Oltre che con la sanzione disciplinare del licenziamento, la medesima condotta (falsa attestazione della propria presenza in servizio; giustificazione dell'assenza mediante false certificazioni) è punita con la sanzione penale prevista dall'art. 55 *quinquies*, comma 1°,

- falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. d));
- reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. e))⁶²⁴;
- condanna penale definitiva in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. f))⁶²⁵.

Il licenziamento è invece con preavviso nei seguenti casi:

- assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. b));
- ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio (cfr. art. 55 *quater*, comma 1°, lett. c)).

Nel silenzio della legge, e in virtù del *favor* da accordare al lavoratore in assenza di prescrizioni contrarie, è da ritenerе che l'obbligo di preavviso sussista anche in relazione al «licenziamento per insufficiente rendimento» di cui al successivo comma 2°⁶²⁶. Il comma 2° delinea una fattispecie ove coesistono un elemento quantitativo ed uno causale⁶²⁷. Quanto al primo, la prestazione lavorativa del dipendente deve essere stata oggetto, con riferimento ad un arco temporale non inferiore al biennio, di una valutazione di insufficiente rendimento. Sotto questo profilo, è evidente la stretta connessione stabilita dalla legge tra i doveri di valutazione posti in capo al dirigente e i correlativi obblighi di sanzionare le condotte idonee a cagionare un pregiudizio all'attività della pubblica amministrazione. Quanto al secondo, la valutazione negativa, se ci si attiene al dato testuale, non sarebbe sufficiente, poiché si dovrebbe dimostrare il collegamento esistente tra il rendimento insufficiente e la «reiterata violazione» degli obblighi concernenti la prestazione di lavoro⁶²⁸, come stabiliti da norme legislative o regolamentari, da norme contrattuali, da atti e

ossia con la reclusione da 1 a 5 anni e con la multa da euro 400 ad euro 1600. La disposizione precisa inoltre che la medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre alla commissione del reato. Da rilevare che l'art. 55 *septies*, comma 4°, introduce un'ulteriore ipotesi di licenziamento: «l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia (...) costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, della decaduta dalla convenzione, in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi».

⁶²⁴ In dottrina, peraltro, è stata messa in luce l'indeterminatezza della fattispecie. Si è infatti osservato che, rispetto ai contratti collettivi, che pure prevedono infrazioni simili, la legge non specifica, ad esempio, «l'arco di tempo entro il quale deve avvenire il ripetersi dei comportamenti illegittimi» (cfr. DI STASI, *op. cit.*, p. 13).

⁶²⁵ In questa ipotesi, poiché la sola esistenza di un giudicato penale non può determinare l'automatica risoluzione del rapporto, si prevede che la condanna definitiva costituisca un'autonoma ipotesi di infrazione idonea a fungere da presupposto per l'instaurazione del procedimento disciplinare in esito al quale potrà essere irrogato il licenziamento. Per approfondimenti sul tema, cfr. DI PAOLA, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁶²⁶ Cfr. DI STASI, *op. cit.*, p. 14.

⁶²⁷ Cfr. BONURA e CARUSO, *op. cit.*, p. 20.

⁶²⁸ *Ibidem*.

provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'art. 54. La disposizione, così formulata, appare tuttavia un po' ridondante, poiché «la violazione degli obblighi concernenti la prestazione non è una delle cause possibili dell'insufficiente rendimento, poiché l'insufficiente rendimento è, ontologicamente, una violazione degli obblighi concernenti la prestazione» stabiliti da norme di legge, amministrative o contrattuali⁶²⁹.

Non ci troviamo di fronte a fattispecie del tutto nuove nel panorama del pubblico impiego, trattandosi di ipotesi già ampiamente previste dai vigenti contratti collettivi, sebbene, rispetto a questi ultimi, il d.lgs. n. 150/09 preveda un generale inasprimento delle sanzioni⁶³⁰. Il problema, ancora una volta, è di metodo: la legge si sostituisce alla contrattazione collettiva, esautorandola (ai sensi dell'art. 55 *quater*, comma 1°, il contratto collettivo potrà tutt'al più prevedere ipotesi di licenziamento disciplinare ulteriori). La previsione in via legale delle ipotesi che richiedono l'irrogazione del licenziamento disciplinare ha inoltre una rilevante conseguenza sul piano processuale, dal momento che il requisito della proporzionalità tra infrazione e sanzione — che in precedenza poteva essere variamente modulato dal contratto collettivo e che, comunque, era soggetto al sindacato del giudice — a seguito della riforma del 2009 dovrebbe considerarsi presunto⁶³¹.

L'art. 55 *quater* solleva inoltre uno spinoso problema sul quale la dottrina ha cominciato ad interrogarsi. Ci si chiede, in particolare, se le ipotesi contemplate dalla norma si traducano in altrettanti casi di licenziamento automatico, poiché a questo, di primo acchito, farebbe pensare l'utilizzo dell'avverbio «comunque»⁶³². Se così fosse, si determinerebbe un insanabile contrasto con quella giurisprudenza costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dei meccanismi espulsivi automatici (quale che sia la denominazione utilizzata: licenziamento, decadenza dal servizio, destituzione)⁶³³. Occorre quindi verificare se sia possibile accedere ad altra interpretazione, che consenta alla norma di operare senza incorrere nelle prevedibili censure della Consulta. In dottrina sono state prospettate alcune soluzioni interpretative, costituzionalmente orientate, tese a svilire la portata prescrittiva dell'avverbio «comunque», cui si attribuisce il carattere di «norma manifesto» dotata più che altro di una valenza psicologica⁶³⁴. La natura automatica del meccanismo espulsivo viene negata valorizzando due elementi: in primo luogo, il licenziamento non è mai automatico, poiché costituisce l'atto conclusivo di un procedimento disciplinare regolato dalla legge e posto a garanzia dell'inculpato; in secondo luogo, la conferma dell'art. 2106 c.c. quale caposaldo del sistema disciplinare (cfr. art. 55) impone di valorizzare i criteri di gradualità e proporzionalità, che dovranno pertanto sorreggere la valutazione effettuata dall'autorità procedente in ordine

⁶²⁹ Cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, p. 15.

⁶³⁰ Cfr. DI STASI, *op. cit.*, p. 13.

⁶³¹ Cfr. ROMEI, *op. cit.*, p. 3, il quale osserva che «trattandosi di ipotesi direttamente tipizzate dal legislatore, e tenuto conto che lo stesso Decreto ribadisce che l'esercizio del potere disciplinare deve sottostare al vincolo della proporzionalità sancito dall'art. 2106 c.c., se ne dovrebbe trarre la conseguenza che il Giudice non possa sindacare la scelta del legislatore sotto il profilo della ricorrenza o meno di una giusta causa di licenziamento dovendosi limitare ad accertare la ricorrenza delle ipotesi previste dalla legge, e nel caso affermativo, ritenere legittimo il licenziamento».

⁶³² In questo senso, cfr. CURRAO e PICARELLA, *op. cit.*, p. 16

⁶³³ Cfr. Corte Cost. nn. 971/1988, 197/1993 e 141/1996. In dottrina cfr. LOSTORTO, *op. cit.*, pp. 479 (nt. 1) e 483.

⁶³⁴ Cfr. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., p. 411. In senso adesivo, cfr. BONURA e CARUSO, *op. cit.*, p. 18.

alla determinazione della sanzione applicabile all'infrazione⁶³⁵.

4.3. Segue: l'obbligatorietà dell'azione disciplinare.

Le disposizioni poc'anzi analizzate — soprattutto l'art. 55 *quater*, comma 1°, e l'art. 55 *sexies*, comma 3° — esprimono un mutamento di impostazione da parte del legislatore rispetto al problema di determinare il *quantum* di discrezionalità attribuito all'amministrazione che voglia fare ricorso al potere disciplinare. Trattandosi di uno dei tipici poteri che compongono il ventaglio delle situazioni attive poste in capo al datore di lavoro, nel settore privato la discrezionalità del creditore della prestazione non è mai stata messa in dubbio. In quanto soggetto posto al vertice dell'impresa (cfr. art. 2086 c.c.), il datore di lavoro, nel rispetto dei limiti sostanziali (cfr. art. 2106 c.c.) e procedurali (cfr. art. 7 st. lav.) previsti dalla legge, può liberamente decidere: se intraprendere l'azione disciplinare; in caso affermativo, con quale intensità farlo; o, addirittura, astenersi dal farlo, qualora ritenga più opportuno adottare un atteggiamento più tollerante. All'indomani della c.d. «prima privatizzazione» ci si domandava se l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro pubblico dovesse essere qualificato in termini di «obbligatorietà» o «discrezionalità». La questione non è di poco conto, giacché nel pubblico impiego si pone il problema di definire il corretto punto di equilibrio tra le modalità di esercizio del potere disciplinare, da un lato, e l'«interesse all'efficienza dell'organizzazione amministrativa», dall'altro⁶³⁶. Orbene, la privatizzazione del pubblico impiego si fondava (anche) sull'assunto che l'attribuzione alla amministrazione dei poteri del datore di lavoro privato avrebbe reso più agevole perseguire obiettivi di efficienza. In linea con questa premessa, la dottrina dominante aveva risolto il quesito propendendo per la discrezionalità e assecondando così il processo di convergenza tra pubblico e privato nella gestione del rapporto di lavoro.

La «Riforma Brunetta» assume un punto di vista differente: la «disciplina» è funzionale all'efficienza; se il sistema non è in grado di auto-regolarsi, e genera inefficienza, la disciplina deve essere imposta per mezzo della legge. La soluzione al problema consiste nell'introduzione di un *corpus* di norme atto a rendere l'esercizio del potere disciplinare assai più vincolante che in passato, tanto che buona parte della dottrina è orientata a ritenere ormai obbligatorio l'esercizio dell'azione disciplinare⁶³⁷. La l. n. 15/09 e il d.lgs. n. 150/09, nel realizzare questa peculiare fusione tra efficienza e disciplina, realizzano tuttavia un modello viziato da una profonda contraddizione interna: «da un lato, una pulsione culturale verso verso una conversione della filosofia e della prassi della pubblica amministrazione a quella dell'azienda; dall'altro, a far da controcanto, una disciplina uniforme, rigida, etero-imposta, formalista, come tale ben poco adatta alla variabilità,

⁶³⁵ Cfr. BORGOGELLI, *op. cit.*, p. 411; LOSTORTO, *op. cit.*, p. 486; MAINARDI, *Il «dovere» del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 12, 2010, p. 2717 ss. Da segnalare, poi, la ricostruzione offerta da BONURA e CARUSO, *op. cit.*, p. 18, secondo i quali «l'avverbio comunque va letto in correlazione con il residuo potere attribuito alla contrattazione collettiva di prevedere ulteriori ipotesi di licenziamento disciplinare; in altri termini, i contratti possono prevedere anche forme ulteriori di licenziamento, ma, in ogni caso – “comunque”, appunto – la sanzione disciplinare del licenziamento non può essere pretermessa dai contratti, e – anche quando non prevista dagli stessi – va applicata (sempre all'esito di un ordinario procedimento disciplinare), nei casi elencati dalla legge».

⁶³⁶ Cfr. ALESSI, *op. cit.*, p. 493.

⁶³⁷ Cfr. CARABELLI, *op. cit.*, p. 30; CARUSO, *Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta»*, *cit.*; BAVARO, *op. cit.*, p. 217.

flessibilità, autonomia, relativa informalità richiesta da una azienda»⁶³⁸.

Sul significato dell'«obbligatorietà» dell'azione disciplinare introdotta dalla riforma è bene fare qualche precisazione. Il legislatore non ha previsto alcuna norma che, puramente e semplicemente, obblighi il dirigente (o l'u.p.d.) ad intraprendere l'azione disciplinare. Vero è che, in alcune ipotesi (cfr. art. 55 *quater*), al verificarsi di determinate infrazioni deve far seguito l'irrogazione della sanzione del licenziamento disciplinare. Vero è che l'inerzia dell'autorità precedente, ai sensi dell'art. 55 *sexies*, comma 3°, comporta l'applicazione di sanzioni a carico del dirigente. Questo però non equivale a dire che l'esercizio del potere disciplinare sia sempre e comunque obbligatorio. È invece ipotizzabile che residui un margine di discrezionalità in capo all'autorità precedente. La stessa legge delega sembrerebbe autorizzare questa interpretazione. La delega legislativa impone infatti di «prevedere ipotesi di illecito disciplinare nei confronti dei soggetti responsabili, per negligenza, del mancato esercizio o della decadenza dell'azione disciplinare» (cfr. art. 7, comma 2°, lett. i), l. n. 15/09). L'art. 55 *sexies*, comma 3°, nel precisare cosa debba intendersi per «negligenza», in realtà utilizza espressioni dal contenuto un po' vago. Ad esempio, rilevano ai fini disciplinari non qualsiasi ritardo od omissione, ma solo quelli che avvengano «senza un giustificato motivo» (ma la norma non dice, nemmeno a titolo esemplificativo, quali motivazioni siano da considerarsi giustificate e quali no). Oppure, possono rilevare le valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare: tuttavia, detto della vaghezza di espressioni come «oggettiva e palese rilevanza disciplinare», vi è poi da considerare che non tutte le valutazioni sull'insussistenza dell'illecito danno luogo alla sanzione, ma solo quelle che si presentino come «irragionevoli o manifestamente infondate». Per tanto, si può concepire uno spazio di discrezionalità lasciato al dirigente, il quale potrà legittimamente decidere di non intraprendere l'azione disciplinare (o di intraprenderla con un'intensità minore) tutte le volte in cui la sua scelta sia dettata da valutazioni anche solo «opportune», purché non irragionevoli o manifestamente infondate. Questo, va da sé, è più probabile che avvenga in caso di infrazioni di minore gravità; ben più difficile, se non impossibile, sarebbe negare la doverosità dell'intervento disciplinare, anche drastico, quando si verta in tema di gravi infrazioni.

Certamente l'art. 55 *sexies*, comma 3°, restringe di molto l'area della discrezionalità del dirigente e, da un certo punto di vista, si può anche ritenere la scelta comprensibile. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego non risponde solo ad interessi aziendalistici, ma anche ad interessi generali, di natura pubblica, riconducibili al concetto di buon andamento della pubblica amministrazione (cfr. art. 97 Cost.)⁶³⁹. Tuttavia, se si continua a ritenere valida la scelta strategica della privatizzazione — con la conseguenza che il datore di lavoro pubblico agisce, in linea di principio, con i poteri del datore di lavoro privato — occorre riconoscere al dirigente, cui la riforma assegna un ruolo cruciale, una certa dose di libero arbitrio (evitando quindi di assimilarlo ad un automa). Quindi, se è vero che, rispetto al settore privato, la

⁶³⁸ Cfr., *ex multis*, CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., p. 457. Rispetto a questo problema, v'è da chiedersi se il legislatore non abbia messo implicitamente in discussione alcune delle basi su cui poggia la privatizzazione del pubblico impiego. Alcuni lo negano (cfr. D'AURIA, *La «Riforma Brunetta» del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2010, p. 5 ss.). Altri sono invece più pessimisti, ritenendo che «il primo [esito regolativo della] riforma può essere la fine del processo di convergenza tra diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa privata e la riapertura di un nuovo ciclo di divergenza».

⁶³⁹ Cfr. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 38; URSI, *op. cit.*, p. 759 ss.

discrezionalità del dirigente è inferiore, è altrettanto vero che la norma «riconosce al titolare dell'azione uno spazio di autonoma valutazione che, se adeguatamente supportato, contribuisce ad escludere una configurazione del procedimento disciplinare in termini di generale obbligatorietà»⁶⁴⁰.

4.4. Segue: il collocamento in disponibilità.

Il discorso relativo alle sanzioni introdotte dal d.lgs. n. 150/09 si completa con una misura difficilmente inquadrabile e che, pertanto, merita una trattazione separata: si tratta del «collocamento in disponibilità» di cui all'art. 55 *sexies*, comma 2°. Ci si trova infatti di fronte ad una sanzione disciplinare, applicata in seguito ad un'infrazione del lavoratore, per irrogare la quale ci si avvale però della procedura per i casi di eccedenze di personale (cfr. artt. 33, comma 8°, e 34, commi 1°-4°), cui espressamente si fa rinvio⁶⁴¹.

La sanzione mira a punire il lavoratore che, «per inefficienza o incompetenza professionale», abbia cagionato un «grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza». La formulazione della disposizione non è delle più felici, soprattutto con riferimento alla definizione del danno che fa da presupposto all'applicazione della sanzione. Mentre l'ipotesi descritta dal comma 1°, quanto meno, fornisce un parametro tangibile (il danno liquidato dal giudice che condanna l'amministrazione al risarcimento), la fattispecie in oggetto non appare sufficientemente determinata: cosa deve intendersi per «grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza»? Vertendosi in materia disciplinare, la scelta di fare ricorso ad una norma aperta genererà probabilmente qualche incertezza interpretativa⁶⁴².

All'esito del procedimento disciplinare che accerta l'infrazione, il lavoratore viene collocato in disponibilità, attraverso l'inserimento negli appositi elenchi di cui all'art. 34, comma 1°. Durante il periodo in cui è collocato in disponibilità, comunque non superiore a 24 mesi, il dipendente percepisce un'indennità pari all'80% dello stipendio. Per espressa previsione di legge, nel medesimo periodo il lavoratore non ha diritto a percepire eventuali aumenti retributivi sopravvenuti.

Il provvedimento che definisce il procedimento disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica (anche inferiori) per le quali può avvenire il ricollocamento. L'eventualità che il lavoratore sia adibito a mansioni inferiori, per un motivo disciplinare, rappresenta una evidente deviazione rispetto alla regola di cui all'art. 7. st. lav., comma 4°, applicata nel settore privato, a norma della quale non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. Se il termine di 24 mesi trascorre infruttuosamente, senza che il dipendente sia stato utilmente ricollocato, il rapporto di lavoro può essere risolto.

5. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale.

Altro profilo dell'esercizio del potere disciplinare in cui il d.lgs. n. 150/09 innova rispetto al passato

⁶⁴⁰ MAINARDI, *Il «dovere» del dirigente di sanzionare il demerito*, cit., p. 2720.

⁶⁴¹ Cfr. BORGOGELLI, *op. cit.*, p. 417: «la terminologia utilizzata nel decreto delegato qualifica la fattispecie come illecito disciplinare, sebbene ciò non apparisse chiaro dalla formulazione della legge delega; si configura così una anomala procedura sanzionatoria che si innesta nel percorso previsto per le eccedenze di personale e che può concludersi con un licenziamento, oppure con una mobilità obbligatoria».

⁶⁴² Cfr. DI PAOLA, *op. cit.*, p. 10.

è quello del rapporto intercorrente tra procedimento disciplinare e procedimento penale, cui è dedicato l'art. 55 *ter*⁶⁴³. La nuova regola stabilita dal legislatore è che «il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale» (cfr. comma 1°)⁶⁴⁴. Il principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale non deve però essere inteso in senso assoluto. Lo stesso comma 1° distingue tra due ipotesi.

Per le infrazioni di minore gravità di cui all'art. 55 *bis*, comma 1°, non è ammessa la sospensione del procedimento, che dunque deve essere in ogni caso portato a termine. Tale norma sarà probabilmente destinata ad avere un impatto piuttosto modesto, poiché di solito le ipotesi per le quali si procede in sede penale sono quelle sanzionate in sede disciplinare con le sanzioni più gravi (la sospensione superiore ai 10 giorni o il licenziamento).

Qualora le infrazioni per cui si procede comportino l'irrogazione di una sanzione più grave della sospensione fino a 10 giorni, l'u.p.d. può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine del processo penale, «fatta salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente»⁶⁴⁵. La sospensione del procedimento disciplinare può essere decisa dall'ufficio competente «nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato e quando all'esito dell'istruttoria [l'ufficio] non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione». L'uso della congiunzione «e» sembra voler alludere al fatto che le due condizioni debbano sussistere contemporaneamente. A questo riguardo, in dottrina è stata sollevata qualche critica, ritenendosi che sarebbe stato meglio prevedere la possibilità di sospendere il procedimento al verificarsi di una sola delle due condizioni⁶⁴⁶. La soluzione accolta dall'art. 55 *ter*, tuttavia, sembra più coerente con la scelta di fondo di favorire, per quanto possibile, lo svolgimento del procedimento disciplinare.

Sebbene la legge non dia indicazioni esplicite in proposito, si deve ritenere che l'u.p.d., allorché opti per la sospensione del procedimento disciplinare, ne dia formale comunicazione al lavoratore interessato, fornendo adeguate motivazioni. La *ratio* è da collegare al fatto che il dipendente — soprattutto quando vengano adottati nei suoi confronti gli strumenti cautelari di cui al comma 1°, ultimo periodo — può avere interesse ad impugnare il provvedimento di sospensione e, per fare ciò, ha bisogno di avere a disposizione tutti gli elementi necessari a tale scopo⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Per un'ampia trattazione del tema, cfr. CORSO, *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del d.lgs. n. 150/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1, 2010, p. 159 ss.; SORDI, *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4, 2010, p. 603 ss.

⁶⁴⁴ Ci si è chiesto, peraltro, se la nuova disciplina sia applicabile anche ai procedimenti pendenti. La questione è stata affrontata dalla circ. DFP n. 9/09, la quale specifica che «in mancanza di una specifica disposizione transitoria, la questione dell'applicabilità dei menzionati articoli 55 *bis* e *ter* alle fattispecie disciplinari pendenti va risolta facendo riferimento ai principi generali. Soccorre in questo caso il principio generalissimo di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo il quale, in assenza di diverse esplicite previsioni, la legge dispone solo per l'avvenire (...). Da queste premesse deriva che la nuova disciplina procedurale si applica a tutti i fatti disciplinarmente rilevanti per i quali gli organi dell'amministrazione ai quali è demandata la competenza a promuovere l'azione disciplinare acquisiscono la notizia dell'infrazione dopo l'entrata in vigore della riforma (16 novembre 2009)».

⁶⁴⁵ La legge non dispone in modo specifico in merito a tali strumenti cautelari, sicché si dovrà fare riferimento ai contratti collettivi.

⁶⁴⁶ Cfr. ROMEL, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴⁷ Cfr. DI PAOLA, *op. cit.*, p. 22, il quale, con riferimento all'onere di motivazione che l'amministrazione dovrebbe assolvere, osserva: «(...) non dovrebbe l'amministrazione poter ricorrere ad una formula ripetitiva della legge, giacché in tal modo il possibile sindacato del dipendente sarebbe impedito alla radice; andranno piuttosto evidenziati gli indici rivelatori di una responsabilità non compiutamente accertata ma che potrebbe esserlo mediante il compimento di ulteriori indagini non espletate o per insufficienza dei tempi disponibili o in ragione del segreto investigativo ostativo allo svolgimento di determinate indagini o alla cognizione di determinati atti».

Data l'identità integrale o parziale di oggetto, l'esito del procedimento penale può incidere su quello del procedimento disciplinare, anche quando quest'ultimo si sia nel frattempo concluso. I commi 2° e 3° regolano le ipotesi in cui l'esito dei due procedimenti sia contrastante, essendosi espressa una valutazione diversa in ordine alla rilevanza del fatto in esame.

Questo può avvenire, in primo luogo, quando «il procedimento disciplinare, non sospeso, si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento penale viene definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso» (cfr. art. 55 *ter*, comma 2°). In questo caso, la parte interessata, entro il termine perentorio di 6 mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, può chiedere la riapertura del procedimento disciplinare. Il dirigente (o l'u.p.d.) dovrà allora riaprire il procedimento disciplinare «per modificare o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale».

La riapertura del procedimento disciplinare può avversi, in secondo luogo, nell'ipotesi speculare alla precedente, ossia quando «il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione ed il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna» (cfr. art. 55 *ter*, comma 3°). In tal caso, l'autorità competente, riaperto il procedimento disciplinare, adegua la sanzione all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare può inoltre essere riaperto «se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa». Questa soluzione desta qualche perplessità: l'ansia di punire porta infatti il legislatore ad aggirare un principio generale del diritto come il *ne bis in idem*. Mentre la riapertura del procedimento disciplinare non solleva particolari dubbi quando si tratti di rimuovere una sanzione ingiustamente comminata ad un innocente (è il caso di cui al comma 2°), l'ipotesi inversa è più difficilmente giustificabile secondo i principi generali, tanto più che la riapertura potrebbe avvenire anche dopo molto tempo, quando ormai l'interesse concreto ad esercitare il potere disciplinare è presumibilmente venuto meno. Come è stato correttamente osservato, «l'unico errore difficilmente tollerabile dall'amministrazione è quello che cade sull'infrazione sanzionabile con il licenziamento; ma qui già vi è l'antidoto, rappresentato, appunto, dalla accordata facoltà di sospensione del procedimento disciplinare»⁶⁴⁸.

Qualora si verifichino le ipotesi previste dalla legge, il procedimento disciplinare deve essere ripreso (cfr. comma 1°) o riaperto (cfr. commi 2°-3°) entro il termine perentorio di 60 giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore⁶⁴⁹ ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura. La ripresa o la riapertura avvengono mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente ed il procedimento prosegue secondo quanto previsto nell'art. 55 *bis*. Esso deve obbligatoriamente concludersi entro 180 giorni dalla ripresa o dalla riapertura.

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ L'art. 70 del d.lgs. n. 150/09, al fine di facilitare la conoscenza dell'esito della sentenza penale, ha inserito dopo l'articolo 154 *bis* del d.lgs. 271/89, l'art. 154 *ter* il quale così dispone: «La cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica ne comunica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, trasmette copia integrale del provvedimento. La comunicazione e la trasmissione sono effettuate con modalità telematiche, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, entro trenta giorni dalla data del deposito».

Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*

Cristina Alessi

1. Premessa	229
2. Disponibilità, reperibilità e orario di lavoro	229
3. Disponibilità, tempi di attesa e contratto di lavoro	237
3.1. Disponibilità e subordinazione	237
3.2. Disponibilità, attesa e lavoro a tempo parziale	240
3.3. Disponibilità, attesa e durata del contratto di lavoro	242

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 123/2011

1. Premessa

Nelle pagine che seguono si svolgeranno alcune considerazioni sul rapporto tra disponibilità e adempimento della prestazione; in particolare, si cercherà di porre in luce quale sia il contenuto della prestazione promessa dal lavoratore nel caso in cui il contratto di lavoro preveda periodi durante i quali il lavoratore non svolge effettivamente la prestazione lavorativa, ma rimane a disposizione del datore di lavoro nell'attesa di essere chiamato per l'esecuzione della stessa. Si tratta, in particolare, delle ipotesi del lavoro intermittente e del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ma anche del contratto di lavoro a tempo parziale con clausole flessibili e/o elastiche. In tutti questi casi, l'impegno del lavoratore al soddisfacimento degli interessi del datore di lavoro comprende anche la disponibilità all'intervento tempestivo e/o alla variazione della collocazione della propria prestazione, con una riduzione, di entità variabile a seconda delle tipologie contrattuali, della libera disponibilità del tempo non occupato dall'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa.

Una questione diversa, ma collegata a quella appena esposta, attiene alla qualificazione del periodo di tempo intercorrente tra una prestazione e l'altra nelle tipologie di lavoro ad orario ridotto (come il *part-time* verticale e lo stesso contratto di lavoro intermittente), a prescindere dalla posizione di obbligo o meno del lavoratore di mantenersi a disposizione del datore di lavoro. Di tale questione si è occupata recentemente la Corte di Giustizia, come si avrà modo di vedere, e, in tempi meno recenti, la nostra Corte costituzionale, adottando soluzioni talvolta in contrasto con le stesse previsioni di legge in materia.

2. Disponibilità, reperibilità e orario di lavoro

La reintroduzione del contratto di lavoro intermittente avvenuta con la L. n. 133/2008⁶⁵⁰, a prescindere dalle valutazioni critiche sulla portata dell'istituto⁶⁵¹, ripropone questioni già sollevate in dottrina, a partire dall'inquadramento sistematico del contratto⁶⁵² e, per quanto interessa in questa sede, circa la qualificazione del periodo di disponibilità del lavoratore. Questo problema si pone anche per la somministrazione a tempo indeterminato⁶⁵³, in relazione al periodo di intervallo tra una missione e l'altra, durante il quale il lavoratore resta in attesa della chiamata del datore di lavoro.

⁶⁵⁰ Il contratto di lavoro intermittente è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con il D. Lgs. n. 276/2003; successivamente, la L. n. 247/2007, di attuazione del Protocollo sul welfare, ha abrogato l'intera disciplina dell'istituto, che è stata ripristinata pochi mesi più tardi dal D.L. 112/2008, convertito nella L. 133/2008 (art. 39, c. 11).

⁶⁵¹ Si v., in proposito, T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 14 ss. In dottrina si è discusso, tra l'altro, della conformità della disciplina del lavoro a chiamata alle indicazioni della Corte costituzionale: si v., ad esempio, R. ROMEI, *Commento agli artt. 33-40*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, 414 ss.

⁶⁵² Una delle questioni più rilevanti è la riconducibilità del contratto di lavoro intermittente al *part-time* ovvero la sua configurabilità come tipo contrattuale a sé stante. In questa seconda prospettiva si pongono V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, RIDL, 2005, II, 779 ss., R. ROMEI, op. cit., 418 ss.; nel senso della riconducibilità al *part-time*, invece, U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, LD, 2004, 27; A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in Id. (cur.), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004, 136 ss.

⁶⁵³ La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato ha seguito la stessa sorte del lavoro intermittente: dopo essere stata abrogata dalla L. n. 247/2007, è stata reintrodotta dal D. L. 112/2008, conv. nella L. n. 133/2008.

Sul punto si tornerà più avanti; per il momento, è importante sottolineare come gli interventi normativi più recenti in materia di rapporti di lavoro atipici vadano nella direzione di una progressiva perdita di controllo dei lavoratori sul tempo non occupato dall'esecuzione della prestazione lavorativa⁶⁵⁴ in funzione della realizzazione degli interessi del datore di lavoro⁶⁵⁵. L'introduzione cioè, in aggiunta agli obblighi strettamente collegati all'esecuzione della prestazione lavorativa, di obblighi di "tenersi a disposizione" per la chiamata del datore di lavoro in modo da poter intervenire tempestivamente, incidono in maniera consistente sulla libera disponibilità del tempo di non lavoro da parte del lavoratore⁶⁵⁶. Questa osservazione vale senza dubbio per il lavoro intermittente, almeno per la tipologia con obbligo di risposta alla chiamata⁶⁵⁷, e per la somministrazione a tempo indeterminato, ma può essere riproposta anche per il lavoro a tempo parziale con clausole di flessibilità o di elasticità della prestazione. Una simile tendenza è solo parzialmente controbilanciata dal rilievo della volontarietà dell'accesso alle richiamate tipologie contrattuali, come si è segnalato in altra sede⁶⁵⁸.

In tutti questi casi la disponibilità alla chiamata rientra nel dovuto contrattuale in funzione della realizzazione dell'interesse del lavoratore alla tempestività dell'intervento del lavoratore per il soddisfacimento delle esigenze dell'impresa⁶⁵⁹, cioè l'interesse ad utilizzare la quantità di forza lavoro strettamente necessaria per la produzione di un bene o l'erogazione di un servizio in un dato arco temporale. Da questo punto di vista, la disponibilità del lavoratore costituisce oggetto di un obbligo accessorio/integrativo dell'esecuzione della prestazione lavorativa⁶⁶⁰, il cui corretto adempimento verrà valutato alla stessa stregua dell'adempimento dell'obbligo principale. Se è consentita una digressione sul punto, è opportuno chiarire che il *proprium* del contratto di lavoro intermittente consiste, come si deduce chiaramente dalla norma definitoria della fattispecie, nel fatto che il lavoratore "si pone a disposizione di un datore di lavoro, che ne può utilizzare la prestazione" (art. 33, comma 1, D. Lgs. n. 276/2003) e ciò sia che si tratti della tipologia con obbligo di risposta alla chiamata, per la quale è prevista la corresponsione dell'indennità di disponibilità, sia nell'ipotesi in cui il lavoratore non assuma detto obbligo, ai sensi dell'art. 36, comma 6. La

⁶⁵⁴ È preferibile non utilizzare, anche per le ragioni che verranno illustrate nel prosieguo, la locuzione "tempo libero", che presuppone l'assenza di costrizione in ordine alla gestione del tempo. Sul punto si v. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*; G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Milano, Giuffrè, 2005, 285 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, Cacucci, 2008, spec. 218 ss.

⁶⁵⁵ Per il *part-time*, ad esempio, il giudizio è diffuso. Si vv., tra gli altri, T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, ADL, 2005, 33 ss.; L. CALAFÀ, *Part-time*, di prossima pubblicazione in M. BROLLO, a cura di, *Mercato del lavoro*, in F. CARINCI - M. PERSIANI (dir.), *Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, 2011, 8 (datt.); M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, LG, 2004, 252 ss.;

⁶⁵⁶ In tal senso si v., tra i molti, R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. CURZIO (cur.), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, 349 ss.

⁶⁵⁷ Com'è noto, nel contratto di lavoro intermittente l'obbligo di risposta alla chiamata del datore di lavoro può essere escluso ai sensi dell'art. 36, c. 6, D. Lgs. n. 276/2003. Là dove invece detto obbligo sia contrattualmente previsto, invero, la sua inosservanza apre la strada alla risoluzione del contratto, alla restituzione dell'indennità di disponibilità e finanche al risarcimento dei danni. Sul punto si v. D. GOTTAIDI, *Sub artt. 34, 35 e 36*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (curr.), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, 479 ss.

⁶⁵⁸ C. ALESSI, *Lavori ad orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro*, in L. GUAGLIANONE - F. MALZANI (curr.), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi e tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, 255 ss.

⁶⁵⁹ In tal senso A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (curr.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2004, 416 ss.; R. ROMEI, op. cit., 414 ss.

⁶⁶⁰ In questo senso si v. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, cit., spec. 199 ss.

differenza tra le due tipologie contrattuali, insomma, non risiede tanto nel "porsi a disposizione"⁶⁶¹, quanto nell'assunzione dell'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata del datore di lavoro, compensato con il riconoscimento dell'indennità di disponibilità⁶⁶². Nel caso in cui il lavoratore non assuma detto obbligo, gli interessi delle parti sono posti esattamente sullo stesso piano, al punto che al lavoratore è attribuita la possibilità di rispondere negativamente alla chiamata senza alcuna conseguenza di natura disciplinare o economica, mentre il datore di lavoro si accolla il rischio della risposta negativa del lavoratore, a fronte del "risparmio" dell'indennità di disponibilità. Sulla questione si tornerà più avanti; si può però fin d'ora segnalare che in questa prospettiva all'assenza dell'obbligo in parola non si può attribuire un rilievo tale da escludere in radice la possibilità di riconoscere la natura subordinata del rapporto di lavoro⁶⁶³; la qualificazione della prestazione resa dal lavoratore dovrà essere svolta senza considerare detto elemento come indice negativo della subordinazione, proprio perché è la stessa previsione legale a consentire di escluderlo⁶⁶⁴.

Tornando alla questione che ci si è proposti di trattare in questo paragrafo, è opportuno chiedersi, a questo punto, data per scontata la retribuibilità dell'obbligo di rispondere alla chiamata, esplicitamente prevista dalla legge, se il periodo di disponibilità possa computarsi nell'orario di lavoro e, in caso affermativo, quali possano esserne le conseguenze sulla determinazione di tutti gli istituti contrattuali che sono calcolati con riferimento alla durata della prestazione: si pensi, ad esempio, alla determinazione dell'orario massimo di lavoro, del periodo feriale e del comporto, tanto per citare alcuni dei problemi analizzati dalla giurisprudenza.

Di questi profili si è occupata la Corte di giustizia comunitaria in due celeberrime sentenze⁶⁶⁵, poi riprese dalla successiva giurisprudenza della medesima Corte⁶⁶⁶. Com'è noto, la questione si è

⁶⁶¹ La dottrina prevalente sembra invece valorizzare questa distinzione ai fini dell'inquadramento sistematico delle due tipologie contrattuali. Si v. P. BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *ADL*, 2005, 567 ss., che ricostruisce il contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta come contratto normativo; si v. anche R. VOZA, op. cit., 365 ss.; in senso contrario, condivisibilmente, R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, *GL*, 2004, 15 ss.

⁶⁶² Così G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, *MGL*, 2003, 513 ss.

⁶⁶³ Come sembrano fare F. LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (curr.), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega 2002*, Milano, Ipsos, 2002, 89 ss.; E. BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata, occasionale e job sharing*, *GLav*, 2003, n. 10, 34.

⁶⁶⁴ È proprio questa previsione a differenziare la *querelle* relativa alla natura subordinata o autonoma del lavoro intermittente da quella sul lavoro dei c.d. *pony express*. In quel caso la Cassazione ha ritenuto rilevante, ai fini dell'esclusione della natura subordinata del rapporto di lavoro, la possibilità per il lavoratore di non rispondere alla chiamata del datore di lavoro, in un contesto però nel quale risultavano deboli anche gli altri tradizionali indicatori della subordinazione. Si v. Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, *RGL*, 1992, II, 505 ss. con nota di A. CHIACCHIERONI. Alcune sentenze di merito, invece, più correttamente, sottolineano come "le modalità in cui si manifesta la subordinazione (...) possono variare in relazione al tipo di prestazione convenuta, il che giustifica il loro diverso atteggiarsi rispetto alle nuove figure che vanno emergendo nel settore terziario": così, ad es., Pret. Torino 12 febbraio 1996, in *RIDL*, 1997, II, 290 ss., con nota di L. ZANOTELLI, *Il caso dei pony express ancora al centro della disputa sul metodo della qualificazione dei rapporti di lavoro*. Più recentemente, la giurisprudenza di legittimità pare orientata a svalutare l'elemento della subordinazione in senso stretto in presenza delle ipotesi di subordinazione c.d. "attenuata", cioè delle fattispecie che si caratterizzano per lo scarso rilievo dell'eterodirezione ai fini della qualificazione, "in ragione della peculiarità delle mansioni e del relativo atteggiarsi del rapporto": così Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, in *D&G*, 2010. Si v. anche Cass. 14 maggio 2009, n. 11207, *LG*, 2009, 1051.

⁶⁶⁵ C. Giust 3 ottobre 2000, C-303/98, *SIMAP*, *FI*, 2000, IV, 12 ss.; C. Giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, *LG*, 2003, 1126, con nota di A. ALLAMPRESE.

⁶⁶⁶ Si v. ad esempio C. Giust. 1 dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, in *Foro It.*, 2006, IV, c. 215, con nota di G. RICCI, sui dipendenti di centri medico sociali e C. Giust. 14 luglio 2005 (ord.), C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, *Foro It.*, 2006, IV, 216, in materia di

posta per le attività per le quali è previsto un regime di disponibilità o di reperibilità in relazione alla nozione di orario di lavoro adottata dalla direttiva 93/104/CE (ora dir. 2003/88/CE) secondo la quale deve ritenersi orario di lavoro ogni periodo in cui il lavoratore è “al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni”, nozione ripresa nei medesimi termini dalla nostra legislazione⁶⁶⁷. In quelle sentenze, la Corte giunge al risultato di escludere totalmente dalla nozione di orario di lavoro il periodo di reperibilità dei lavoratori qualora ad esso non si accompagni la presenza sul luogo di lavoro. Secondo la Corte, infatti, in quel caso i lavoratori “pur essendo a disposizione del loro datore di lavoro, in quanto devono poter essere raggiungibili, tuttavia (...) possono gestire il lavoro tempo in modo più libero e dedicarsi ai propri interessi, sicché solo il tempo relativo alla prestazione effettiva (...) dev’essere considerato orario di lavoro ai sensi della direttiva 93/104”⁶⁶⁸. Il periodo di disponibilità in regime di presenza fisica sul luogo di lavoro deve essere, al contrario, integralmente calcolato nell’orario di lavoro, non potendosi neppure adottare un criterio di calcolo che ne riduca proporzionalmente l’incidenza sul totale complessivo di ore lavorate⁶⁶⁹.

La soluzione adottata dalla Corte, tuttavia, si presta ad alcune obiezioni. La netta alternativa tra disponibilità e reperibilità, l’una ricompresa integralmente nell’orario di lavoro e l’altra totalmente esclusa, è discutibile anche a volersi porre nella prospettiva della Corte di giustizia, cioè dal punto di vista della possibilità del lavoratore di godere liberamente del tempo di non lavoro. Si può osservare, infatti, che il lavoratore in regime di reperibilità, sia pure senza obbligo di presenza sul luogo di lavoro, non ha affatto la piena disponibilità del tempo non occupato dalla prestazione, dovendosi adoperare per essere in grado di rispondere alla chiamata del datore di lavoro⁶⁷⁰. Certamente, rispetto al lavoratore tenuto a restare sul posto di lavoro, il sacrificio delle proprie esigenze di vita è minore, ma non assente. Il tempo della reperibilità, insomma, non è “libero”, ma soggetto al potere del datore di lavoro in ragione degli interessi dell’attività produttiva⁶⁷¹.

In secondo luogo, si può discutere proprio il fatto che, come sembra sottintendere la Corte di giustizia nelle sentenze richiamate, per essere “al lavoro” o “nell’esercizio delle proprie attività o

orario di lavoro dei vigili del fuoco, con nota di R. Cosio, *L’orario di lavoro tra Corte di giustizia e legislatore comunitario: un dialogo tra sordi*.

⁶⁶⁷ Si v. l’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 66/2003. Sull’interpretazione della previsione si vv., tra gli altri, V. LECCESE, *Commento all’art. 1*, in M. NAPOLI (cur.), *L’orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria. Commentario al D. Lgs. n. 66/2003*, NLCC, 2004, 1234 ss.; G. RICCI, op. cit., spec. 292 ss.

⁶⁶⁸ Così testualmente la sentenza 9 settembre 2003, C-151/02, Jaeger, cit., punto 51, sulla scorta di quanto deciso nella sentenza SIMAP

⁶⁶⁹ È quanto si ricava dalla sentenza *Dellas*, cit. a nota 666, che ha censurato la normativa francese in base alla quale i servizi di guardia in regime di presenza sul posto di lavoro venivano computati nell’orario di lavoro solo parzialmente, secondo un meccanismo di ponderazione che teneva conto dei periodi di inattività connessi a detti servizi. In tal modo, si legge nella sentenza, ai lavoratori interessati poteva essere imposto un orario complessivo tale da raggiungere o addirittura superare 60 ore settimanali (punti 54 ss. della sentenza).

⁶⁷⁰ In tal senso si v. V. FERRANTE, op. cit., 236 ss.; M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, RIDL, 2008, I, 106 ss.; contra, per la valorizzazione della posizione della Corte di giustizia, M. VITALETTI, *La «messa a disposizione» del lavoratore. Tre «significati» a confronto tra contratto di lavoro intermittente e contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato*, RIDL, 2009, 607 ss.

⁶⁷¹ Da questo punto di vista si può condividere la ricostruzione del tempo di disponibilità o reperibilità come *tertium genus* tra orario di lavoro e orario di riposo, sostenuta da M. FERRARESI, op. cit., 92 ss.

delle proprie funzioni”, secondo la definizione della direttiva 2003/88/CE, sia necessario essere presenti sul posto di lavoro. A prescindere dall’ovvia osservazione per cui l’esecuzione della prestazione può avvenire al di fuori dei locali dell’impresa, ciò che preme sottolineare in questa sede è che l’adempimento della prestazione dedotta in contratto deve essere riguardato sotto il profilo della realizzazione dell’interesse del datore di lavoro, a prescindere dalla presenza fisica nel luogo di lavoro e finanche dallo svolgimento effettivo della prestazione dedotta in contratto. Da questo punto di vista anche il periodo di reperibilità può considerarsi rientrante nell’orario di lavoro proprio perché esso arreca al datore di lavoro un’utilità⁶⁷² ovvero perché, secondo una diversa impostazione, si tratta di un tempo soggetto al potere creditorio⁶⁷³, con corrispettivo sacrificio, sia pure parziale, delle esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro, valorizzate da una celeberrima sentenza della Corte costituzionale in materia di *part-time*⁶⁷⁴, con alcune affermazioni di principio che possono essere riproposte anche per il rapporto di lavoro a tempo pieno⁶⁷⁵.

La distinzione tra reperibilità e disponibilità sostenuta dalla Corte di giustizia, come è stato osservato⁶⁷⁶, sembra fondarsi esclusivamente sulle esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori che hanno giustificato l’emanazione della direttiva 93/104/CE⁶⁷⁷ (ora 2003/88/CE); sotto questo profilo, infatti, il tempo di reperibilità trascorso al di fuori del posto di lavoro è sembrato alla Corte in qualche misura ininfluente rispetto a dette esigenze. Eppure, la stessa Corte ha avuto modo di valorizzare l’effettività del diritto al riposo in relazione alle ferie, precisando che detta effettività viene meno non solo quando le ferie vengono godute in un periodo successivo alla loro maturazione, ma anche quando la retribuzione feriale non è corrisposta durante il periodo di godimento⁶⁷⁸. Quest’ultima precisazione evidenzia un profilo diverso da quello attinente

⁶⁷² Cfr. V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008, 247, secondo il quale “la nozione di orario di lavoro deve collegarsi alla utilità che la prestazione arreca al datore: nell’ambito di un contratto che disciplina lo scambio tra professionalità e retribuzione, è solo l’apporto utile che vale come prestazione”.

⁶⁷³ È la ricostruzione di V. BAVARO, *Il tempo ...*, op. cit., 221 ss.

⁶⁷⁴ Il riferimento è a C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, *Giur. It.*, 1993, I, 1, 277, con nota di M. Brollo.

⁶⁷⁵ Cfr. V. FERRANTE, op. cit., 179 ss., che segnala come la conclusione cui giunge la Corte costituzionale “non rimane priva di conseguenze nelle ipotesi di rapporti a tempo pieno, poiché, anche con riguardo a questi, l’identità del bene oggetto di tutela impone di riconoscere (...) un diritto del lavoratore al controllo sul proprio tempo in conseguenza della sussistenza di un interesse patrimoniale a lui riconosciuto dall’ordinamento”. Nella prospettiva assunta dall’A., pienamente condivisibile, “il diritto ad un equo salario è finalizzato a garantire al lavoratore una quantità di tempo, libero da impegni di lavoro, sufficiente per potergli consentire di concorrere al progresso della società (art. 4 Cost.), di partecipare alla vita politica (art. 49 Cost.), di esercitare il culto (art. 19 Cost.) o di svolgere funzioni di educazione della prole (art. 30 Cost.) o, alla fin fine, per potersi riposare senza preoccupazioni”. Valorizza la portata generale della sentenza della Corte anche A. OCCHINO, op. cit., 202. In giurisprudenza, per un’apertura in questo senso si v. Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, *RIDL*, 2008, II, 825 ss., con nota di G. BOLEGO.

⁶⁷⁶ Cfr. M. FERRARESI, op. cit., 102 ss.

⁶⁷⁷ Com’è noto, la direttiva 93/104/CE è stata emanata utilizzando come base giuridica l’art. 118A del Trattato CE, che consentiva l’adozione a maggioranza qualificata dei provvedimenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori. La scelta, funzionale ad “aggiungere” l’*opting out* della Gran Bretagna in materia di politica sociale, è stata contestata dalla stessa Gran Bretagna con un ricorso alla Corte di giustizia, respinto quasi integralmente con la sentenza 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito vs Consiglio, RCDL*, 1997, 473 ss., con nota di A. GUARISO. Sulla vicenda si v. G. RICCI, op. cit., 145 ss.; sia consentito il rinvio anche a C. ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di giustizia, DRI*, 1997, 125 ss.

⁶⁷⁸ La Corte di giustizia comunitaria si è occupata della questione delle ferie in diverse sentenze, affermando sempre il principio dell’effettività del diritto alla fruizione del riposo annuale, come espressione di un principio particolarmente importante del diritto comunitario. Si v. C. Giust. 26 giugno 2001, C-173/99, *Bectu, LG*, 2001, 1141 ss., con nota di L. TESTA; C. Giust. 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gomez, FI*, 2004, IV, 229 ss.; C. Giust. 6 aprile 2006, C-124/05, e C. Giust. 16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele, ADL*, 2006, 1333 ss., con nota di V. BAVARO.

alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, guardando più alle questioni legate alla piena libertà e, perfino, alla serenità del godimento del tempo di non lavoro; da questo punto di vista, si può rilevare che esiste uno stretto collegamento tra il controllo sul tempo di lavoro e la stessa dignità della persona, come evidenziato dalla dottrina⁶⁷⁹. Per non dire, poi, che la stessa Corte di giustizia ha affermato con la stessa forza il principio dell'effettività del diritto al riposo giornaliero e settimanale, censurando la normativa inglese che non consentiva, in alcuni casi, di verificarne la fruizione da parte del lavoratore⁶⁸⁰.

L'adozione dell'ottica della salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori impedisce, come si è accennato, alla Corte di giustizia di individuare una zona grigia o un *tertium genus*⁶⁸¹ tra tempo di lavoro e tempo di riposo, ai fini della determinazione dei limiti massimi dell'orario di lavoro. Questa prospettiva, da un lato, rende evidenti i limiti di un intervento comunitario fondato su una base giuridica diversa da quella che sarebbe stata più opportuna, data la portata della previsioni della direttiva 2003/88/CE e, dall'altro, sembrerebbe legittimare l'invasione del tempo libero del lavoratore da parte del potere datoriale ben oltre il tempo di lavoro contrattualmente previsto. Non è un caso, invero, che sulla questione si sia aperto un conflitto all'interno delle stesse istituzioni comunitarie⁶⁸², conflitto non ancora risolto⁶⁸³.

Una soluzione alla complessa questione potrebbe derivare dall'accoglimento dell'idea di considerare il tempo di reperibilità sia ai fini del computo dell'orario di lavoro che ai fini della retribuzione, attraverso un riproporzionamento che tenga conto del sacrificio del tempo di non lavoro patito

⁶⁷⁹ In questo senso si v. G. Ricci, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata*, *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2010, 151 ss., che, in riferimento all'art. 36 Cost., segnala come "il diritto al «giusto tempo» diviene non solamente funzionale alla tradizionale finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore, ma più complessivamente della sua «personalità» nel rapporto di lavoro, ivi incluso appunto il rispetto della sua dignità" (156).

⁶⁸⁰ C. Giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione vs UK*, NGL, 2006, 846 ss., che sottolinea come le linee guida emanate dal *Department of Trade and Industry* per chiarire il significato del *Working Time Regulations* 1998 "lasciando intendere che, pur se non possono impedire che i lavoratori prendano tali periodi di riposo, i datori di lavoro non hanno alcun obbligo di fare in modo che i lavoratori siano effettivamente in grado di esercitare siffatto diritto (...) sono chiaramente idonee a svuotare di contenuto i diritti sanciti dagli artt. 3 e 5 della detta direttiva e non sono conformi allo scopo di quest'ultima, che considera i periodi minimi di riposo indispensabili per la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori" (punto 44 della sentenza).

⁶⁸¹ La definizione è adottata da parte della dottrina: si v., ad es., M. FERRARESI, op. cit., *passim*. Esclude invece la possibilità di individuare un *tertium genus* di tempo, alla luce della disciplina interna dell'orario di lavoro, come interpretata dalla Corte di Giustizia, G. BOLEGO, *Finalità e definizioni*, in V. LECCESE (cur.), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Iipsoa, 2004, 73 ss.; anche V. FERRANTE, op. cit., 237, secondo il quale alla suddetta definizione "non pare potersi attribuire però altro significato se non quello di una definizione di tipo sociologico o filosofico, priva di un più preciso contenuto giuridico, poiché (...) manca una disciplina comune da applicare a tutte le ipotesi che si vogliono far rientrare nella fattispecie".

⁶⁸² Ne dà conto R. Cosio, op. cit., 219 ss.

⁶⁸³ La questione della revisione della direttiva 2003/88/CE è stata di recente oggetto di una nuova comunicazione della Commissione UE in seguito alla consultazione delle parti sociali a livello comunitario: si v. *Reviewing the Working Time Directive*. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, 21 dicembre 2010, COM (2010) 810 final. La comunicazione accoglie la posizione fatta propria dalla Corte di giustizia in *SIMAP* e *Jaeger* per i periodi di disponibilità sul luogo di lavoro, ma propone di introdurre una deroga quanto al computo di detti periodi per alcuni settori di attività e ferma restando la fissazione di tetti massimi settimanali. Per quanto attiene invece ai periodi di reperibilità senza obbligo di presenza nel luogo di lavoro, la Comunicazione anche in questo caso adotta la posizione espressa dalla Corte in *SIMAP*, ma propone di lasciare alla legislazione nazionale e/o alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre un regime più favorevole.

dal lavoratore durante il periodo in cui può essere richiamato al lavoro, secondo il modello francese descritto nel caso *Dellas*⁶⁸⁴. Una simile posizione era stata suggerita alla Corte dall'avvocato generale nelle conclusioni formulate per il caso *SIMAP*, poi disattese nella sentenza, là dove proponeva di escludere la reperibilità dalla nozione di "periodo di riposo", richiedendo che al lavoratore fosse garantito il riposo minimo di 11 ore una volta terminato il periodo di reperibilità⁶⁸⁵. Tale conclusione è condivisibile anche alla luce della considerazione per cui, tra l'altro, continuare ad escludere la reperibilità dal computo dell'orario di lavoro, equiparandola in tutto e per tutto al riposo, potrebbe avere il paradossale effetto di limitare in maniera drastica la libera fruizione del tempo di non lavoro da parte del dipendente; si pensi ad una reperibilità che sia estesa, ad esempio, a tutto il periodo di ferie⁶⁸⁶.

Si può dunque consentire con la dottrina che afferma che la reperibilità, alla fine, è parte di "un regime peculiare dell'orario di lavoro entro un rapporto di lavoro che ha per oggetto la relativa prestazione lavorativa", e pertanto considerarsi "pur sempre riconducibile ad una estensione della disciplina dell'orario"⁶⁸⁷. Sembra dunque potersi dire che, dal punto di vista della incidenza sulla libertà di gestione del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa, reperibilità e disponibilità, nel senso indicato dalla Corte di giustizia differiscano soltanto per intensità, il che può condurre a trattamenti differenziati tanto dal punto di vista retributivo quanto sotto il profilo della ricomprensione nel computo dell'orario di lavoro⁶⁸⁸, ma non a confinare uno di essi nel limbo dell'irrilevanza giuridica.

Nel nostro ordinamento, del resto, a favore di una simile conclusione militano diverse considerazioni. Anzitutto si deve ricordare la giurisprudenza sulle clausole elastiche nella disciplina del *part-time* prima della riforma di cui al D. Lgs. n. 61/2000; in quella giurisprudenza, in particolare, la maggiorazione retributiva riconosciuta al lavoratore che avesse operato sulla base di una clausola elastica (ritenuta peraltro radicalmente nulla, secondo il prevalente orientamento della Cassazione) era espressamente rivolta a compensare la perdita della disponibilità del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa, oltre al fatto che il datore di lavoro poteva in tal modo disporre

⁶⁸⁴ C. Giust. 1 dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, cit., sistema che tuttavia sembra applicarsi, ancora una volta, al solo regime di disponibilità e non a quello di reperibilità.

⁶⁸⁵ Secondo l'avv. Generale SAGGIO, in particolare, non è possibile "considerare orario di riposo il tempo in cui il lavoratore è in regime di reperibilità e non esercita alcuna attività lavorativa. In effetti, la circostanza che il lavoratore reperibile non possa comunque avere la disponibilità totale e assoluta del proprio tempo rende infondata una interpretazione delle norme in esame che conduca a includere i periodi di reperibilità nell'orario di riposo" (punto 38 delle conclusioni).

⁶⁸⁶ Si v. ancora M. FERRARESI, op. cit., 110 ss., che pone in evidenza come l'obbligo di reperibilità del lavoratore possa assumere un carattere fortemente limitativo della libertà del lavoratore, costringendolo a restare in un ambito territoriale prossimo al luogo di lavoro, in modo da intervenire tempestivamente, quando non a risiedere in un luogo indicato dal datore di lavoro.

⁶⁸⁷ Così A. OCCHINO, op. cit., 203, che tuttavia distingue la reperibilità intesa nel senso sopra indicato dalla disponibilità, "la quale si dà quando lo stare a disposizione è oggetto del contratto di lavoro subordinato"; secondo l'A. "solo in tal caso questo tempo di stare a disposizione può dirsi propriamente terzo o *tertium genus*".

⁶⁸⁸ La stessa Corte di giustizia, in un'ordinanza più recente, ammette la possibilità di trattare diversamente dall'orario ordinario, ai soli fini retributivi, il periodo di disponibilità sul posto di lavoro. Si v. C. Giust. 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorel*, in *D&L*, 2007, 369 ss., con nota di G. PAGANUZZI. Sul punto si vv. Anche le osservazioni di M. FERRARESI, op. cit., 109 ss. e A. OCCHINO, op. cit., 207.

di una prestazione anche qualitativamente più funzionale alle esigenze dell'impresa⁶⁸⁹. La giurisprudenza ora ricordata, in definitiva, giungeva a parametrare la retribuzione non solo al lavoro svolto, ma anche al tempo durante il quale il lavoratore doveva tenersi a disposizione del datore di lavoro; tale disponibilità, anche se non poteva essere parificata al lavoro effettivo, aveva avuto infatti "incidenza (...) sulla possibilità di svolgere altre attività economicamente redditizie"⁶⁹⁰.

A bene vedere, la *ratio* sottesa alle previsioni vigenti in tema di clausole flessibili ed elastiche nel *part-time*⁶⁹¹, di indennità di disponibilità nel lavoro somministrato a tempo indeterminato e nel contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata è esattamente quella richiamata dalla giurisprudenza ora citata: la compensazione, attraverso un'indennità avente natura retributiva⁶⁹² o attraverso riposi aggiuntivi, del sacrificio del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa e messo a disposizione del datore di lavoro per finalità organizzative. Proprio in questo risiede la differenza rispetto alla ipotesi in cui il lavoratore, pur essendo in una situazione di attesa o di quiescenza del rapporto, non è soggetto al potere di chiamata del datore di lavoro, come nel caso del lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità e nel *part-time* verticale⁶⁹³. Nel lavoro intermittente per periodi predeterminati, infine, l'erogazione dell'indennità di disponibilità solo nei casi di effettiva chiamata può essere spiegata ancora una volta con il minore sacrificio del tempo libero che in quel caso è subito dal lavoratore⁶⁹⁴. In altre parole, in tutti i casi in cui, oltre alla prestazione dell'attività lavorativa, il lavoratore si impegna a restare a disposizione del datore di lavoro vi è una dilatazione del tempo di lavoro, inteso quale assoggettamento del lavoratore al potere creditorio, che richiede una valutazione sia in termini retributivi, sia dal punto di vista dell'incidenza dei periodi di disponibilità nella determinazione dell'orario di lavoro

⁶⁸⁹ La giurisprudenza, nel vigore dell'art. 5, D. Lgs. n. 863/84 e dopo la pronuncia della C. cost. n. 210 del 1992, considera sulle le clausole elastiche; per il periodo durante il quale il rapporto di lavoro ha comunque avuto esecuzione sulla base della clausola illegittima, secondo detto orientamento, "la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro, di fatto richiesta al lavoratore, pur non potendo essere equiparata a lavoro effettivo, deve comunque trovare adeguato compenso, tenendo conto di come quella disponibilità abbia avuto in concreto incidenza sulla possibilità di attendere ad altre attività redditizie, di quale sia stato il tempo di preavviso previsto o di fatto osservato per la richiesta di lavoro "a comando", dell'eventuale quantità di lavoro predeterminata in maniera fissa e della possibile convenienza dello stesso lavoratore a concordare di volta in volta le modalità della prestazione": in tal senso Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, *RIDL*, 1997, II, 748 ss., con nota di A. BOLLANI, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di clausole elastiche nel part-time*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁶⁹⁰ Sempre Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, cit.

⁶⁹¹ Com'è noto, l'art. 3, comma 7, del D. lgs. n. 61/2000 prevede che l'esercizio da parte del datore di lavoro "del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa" comporti, tra l'altro, il diritto a specifiche compensazioni, secondo le previsioni dei contratti collettivi. Sul significato della previsione dopo le modifiche introdotte dall'art. 46 del D. lgs. 276/2003 si v., per tutti, R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, 469 ss.; sull'assetto risultante dalle modifiche introdotte dalla L. 247/2007 e dalla L. 133/2008 si vv. V. FERRANTE, voce: *Lavoro a tempo parziale*, EGT, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2009, vol. XVIII; P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, *RIDL*, 2010, I, 551 ss.; e L. CALAFÀ, *Part time*, cit., 22 (datt.)

⁶⁹² In dottrina si discute della natura retributiva o meno dell'indennità di disponibilità. Per il lavoro intermittente, si v. A. PERULLI, op. cit., 147 ss.; D. GOTTAARDI, op. cit., 487 ss.; P. BELLOCCHI, *Sub art. 36*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (curr.), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Padova, 2007, 548 ss.; R. ROMELI, op. cit., 426 ss.; per la somministrazione a tempo indeterminato si v. L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (curr.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2004, 311 ss.; F. BANO, *Sub art. 22*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (curr.), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 346 ss.

⁶⁹³ Sul rilievo dei periodi di attesa ai fini della determinazione della durata del rapporto di lavoro si v. *infra*.

⁶⁹⁴ P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 613, rileva che in questo caso la previsione non si differenzia da quella in materia di *part-time* con clausola elastica o flessibile, nel quale "il compenso per la disponibilità è dovuto solo se il lavoratore è chiamato dal datore ad eseguire la prestazione lavorativa eccedente o con turno diverso".

e dei limiti massimi di esso⁶⁹⁵. Questo, naturalmente, non può che avere ripercussioni anche sul computo degli istituti calcolati sulla base dell'orario di lavoro, quali anzitutto il periodo di riposo, ma anche le ferie o il lavoro straordinario, per fare alcuni esempi. Una simile soluzione ben potrebbe conciliarsi anche con le recenti proposte comunitarie, che sembrano andare nella direzione di lasciare alle legislazioni nazionali e alla contrattazione collettiva la regolazione delle ipotesi in parola⁶⁹⁶. Del resto, che i periodi di disponibilità o di attesa debbano rientrare nel calcolo dell'orario di lavoro quando possano essere considerati tempi soggetti al potere creditorio non è una novità nel nostro ordinamento, basti pensare all'interpretazione giurisprudenziale relativa ai lavori discontinui o di semplice attesa e custodia di cui all'art. 3 del R.D.L. n. 692/1923⁶⁹⁷ e al tempo dedicato alle attività preparatorie e complementari⁶⁹⁸.

3. Disponibilità, tempi di attesa e contratto di lavoro

3.1. Disponibilità e subordinazione

La questione della disponibilità può essere riguardata anche sotto il profilo dell'incidenza della stessa sulla nozione di lavoro subordinato⁶⁹⁹. Il problema si è posto, com'è noto, soprattutto in relazione al lavoro intermittente ed in particolare per la tipologia senza obbligo di risposta alla chiamata. In questa ipotesi, infatti, secondo parte della dottrina, non potrebbe ravvisarsi la subordinazione del lavoratore proprio per l'assenza di soggezione all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro⁷⁰⁰; la possibilità di rispondere negativamente alla chiamata del datore di lavoro, in quest'ottica, dovrebbe essere ricostruita come indice dell'autonomia del prestatore di lavoro, similmente a quanto la giurisprudenza aveva affermato in occasione della controversa vicenda dei c.d. *pony express*⁷⁰¹.

Una simile posizione, tuttavia, mostra di non tenere in debito conto la particolare struttura del contratto, che presenta certamente alcune peculiarità, ma non tali da escluderlo a priori dalla nozione di lavoro subordinato. In primo luogo, è opportuno ricostruire in maniera unitaria la fat-

⁶⁹⁵ Questo pare anche il senso della proposta di G. Ricci, *Il diritto alla limitazione...*, cit., 203, che denuncia l'insufficienza dell'approccio basato sulla compensazione esclusivamente economica per il sacrificio richiesto dal lavoratore con orario flessibile, sostenendo la necessità di un "moderno approccio, calibrato sul costo umano della flessibilità/disponibilità nella dimensione temporale della prestazione di lavoro".

⁶⁹⁶ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione del 21 dicembre 2010, cit. a nota 683.

⁶⁹⁷ Si v., nella giurisprudenza recente, Cass. 2 marzo 2009, n. 5023, *MGI*, 2009, 3, 363, per la questione relativa ai periodi di inattività temporanea dei conducenti di autotreni. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali precedenti al D. lgs. n. 66/2003 si v. V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, 2001, 303 ss.; G. Ricci, *Tempi di lavoro...*, cit., 426 ss.

⁶⁹⁸ Una delle questioni più controverse ha riguardato il c.d. "tempo tutta", cioè il periodo dedicato dal lavoratore alla vestizione degli indumenti richiesti dall'attività lavorativa. La giurisprudenza ha ricompreso tale periodo di tempo nell'orario di lavoro quando l'attività in parola "debbia essere eseguita nell'ambito della disciplina d'impresa e sia autonomamente esigibile dal datore di lavoro": in tal senso si v. Cass. 10 settembre 2010, n. 19358, *MGI*, 2010, 9, 1224; Cass. 22 luglio 2008, n. 20179, *LPO*, 2008, 262 ss., con nota di R. COCCIA; Cass. 14 aprile 1999, n. 3763, *FI*, 1999, I, 3610 ss., con nota di G. Ricci; nella giurisprudenza di merito si v. Trib. Milano 5 aprile 2006, *RCDL*, 2006, 855 ss., con nota di R.M. PARIS.

⁶⁹⁹ Si v., ad esempio, lo studio di G. BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, *RIDL*, 2005, I, 114.

⁷⁰⁰ In tal senso F. LUNARDON, op. cit., 89 ss.; F. BASENGHI, op. cit., 34 ss.;

⁷⁰¹ Si v. la giurisprudenza citata a nota 664.

tispecie contrattuale in parola, riconoscendo, con la dottrina maggioritaria, che l'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata rappresenta, in realtà, non il *proprium*, ma un elemento *eventuale* del contratto, al quale è collegata l'erogazione dell'indennità di disponibilità e la cui inosservanza può essere sanzionata secondo le previsioni di cui all'art. 36, D. Lgs. n. 276/2003. È bene infatti non confondere il "porsi a disposizione" di cui all'art. 33, D. Lgs. n. 276/2003 con l'assunzione dell'obbligo di rispondere alla chiamata: il contratto di lavoro intermittente, insomma, consente di acquisire "la disponibilità funzionale del lavoratore alle esigenze di organizzazione del datore di lavoro"⁷⁰², sia pure subordinandola alla effettiva accettazione della chiamata⁷⁰³. Il contratto di lavoro intermittente, anche senza obbligo di risposta, ha insomma la stessa funzione di acquisizione di una professionalità utile all'attività produttiva che ha il contratto di lavoro subordinato *tout court*⁷⁰⁴, con la sola particolarità legata alla possibilità del lavoratore di rifiutare la prestazione di volta in volta richiesta dal datore di lavoro⁷⁰⁵. Per le ragioni appena esposte, appare criticabile l'orientamento giurisprudenziale, precedente al D. Igs. n. 276/2003, che faceva discendere la natura subordinata o meno di prestazioni intermittenti proprio dall'obbligo o meno di risposta positiva alla chiamata⁷⁰⁶, con ciò arrivando al paradossale effetto di escludere la subordinazione in contratti aventi ad oggetto prestazioni lavorative che la stessa giurisprudenza è tornata, qualche anno più tardi, a considerare quasi paradigmatiche⁷⁰⁷.

La natura subordinata o meno del rapporto di lavoro andrà, insomma, valutata secondo i consueti

⁷⁰² In tal senso F. BACCHINI, *Il lavoro intermittente a chiamata o «job on call»*, in AA. Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 239.

⁷⁰³ Così, condivisibilmente, R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 15, che sottolinea come questa fatispecie "sembra anzi essere l'intelaiatura minimale dello schema negoziale, da cui scaturisce, d'altra parte, un effetto giuridico tipico: la facoltà del datore di lavoro di utilizzare quando vuole il dipendente nell'ambito di un contratto di lavoro già acceso una volta per tutte". In senso analogo si v. V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. GHEZZI (cur.), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 224 ss.

⁷⁰⁴ Sia consentito sul punto il rinvio a C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. 81 ss.

⁷⁰⁵ In tal senso, condivisibilmente, L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, *ADL*, 2004, 885 ss., che rileva come nel contratto senza obbligo di risposta alla chiamata, in realtà, l'obbligo di disponibilità, che sussiste in entrambe le ipotesi, abbia solo un'intensità minore. In questa prospettiva, il lavoratore potrà giustificare la mancata risposta positiva in termini molto più ampi di quelli previsti per la tipologia con obbligo di risposta (qui 891). In senso diverso M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, *DLRI*, 2004, 595, secondo il quale "se il lavoratore stipula un contratto senza obbligo di risposta vuol dire che acconsente solo alla formazione da parte del datore di lavoro di una lista di aspiranti ad essere assunti con un contratto a termine, quando il bisogno si manifesta e se il lavoratore acetterà". In realtà, la differenza con la posizione qui sostenuta risiede solo nel fatto che, nell'ottica dell'A., ad ogni chiamata dovrebbe corrispondere la stipulazione di un contratto a termine, con le relative formalità, mentre il contratto di lavoro intermittente fornisce già una cornice all'interno della quale si inserisce la prestazione lavorativa di volta in volta oggetto di uno scambio di consensi tra le parti.

⁷⁰⁶ Si v. ad esempio Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, *RIDL*, 2004, II, 293 ss., con nota critica di M. VINCERI, *Sulla qualificazione del c.d. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità a carico del lavoratore*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁷⁰⁷ Si v. Cass. 7 gennaio 2009, n. 58, *Fl*, 2009, I, 1744, che sottolinea, esattamente, come il vincolo della subordinazione non abbia "tra i suoi tratti caratteristici ed indefettibili la permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro". Secondo la Cassazione, tra l'altro, la Corte d'Appello non aveva spiegato "come sia possibile lavorare quale cameriere in un ristorante senza coordinamento con i colleghi e libero dalle direttive del datore, ad esempio quanto all'uniformità dell'abbigliamento o alla distribuzione dei tavoli o all'orario di lavoro". La sentenza riprende una posizione già assunta in Cass. 10 luglio 1999, n. 1171, *GI*, 2000, 1171, con nota di M.L. BELLINI. Con riferimento al lavoro dei magazzinieri si v. Cass. 1 agosto 2008, n. 21031, *RCDL*, 2008, 956 ss., con nota di S. HUGO.

canoni, guardando cioè alle modalità di svolgimento della prestazione nell'ipotesi in cui il lavoratore accetti la chiamata del datore di lavoro⁷⁰⁸. Per la tipologia contrattuale in esame si potrà parlare, tutt'alpiù, di subordinazione "attenuata", come fa la Cassazione più recente in relazione ad alcune attività⁷⁰⁹, per il fatto che il lavoratore può scegliere di non adempire. Questa caratteristica del contratto, a ben vedere, è l'unica che giustifica l'assenza di retribuzione per i periodi di mancato svolgimento della prestazione e che, pertanto, potrebbe forse farlo ritenere conforme alle indicazioni di cui alla sentenza della Corte costituzionale del 1992, che aveva escluso l'ammissibilità di un contratto di lavoro dal quale possa "derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *"ad libitum"*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa"⁷¹⁰ (sul punto si v. *infra*). Il lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, infatti, consente al lavoratore di gestire il proprio tempo di non lavoro, valutando volta per volta la convenienza dell'adesione o meno alla richiesta del datore di lavoro. Da questo punto di vista, la similitudine più corretta pare essere quella che vede nel contratto in parola una sorta di *part-time* verticale con facoltà unilaterale di chiamata⁷¹¹, il che, come si vedrà in seguito, pone però alcuni problemi in ordine alla determinazione della durata del rapporto di lavoro.

Lo stesso discorso vale, di conseguenza, per il contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata; anche in questa ipotesi la natura subordinata della prestazione non può essere ricavata unicamente dalla presenza dell'obbligo in parola, ma (anche) dalle modalità di svolgimento della prestazione, tenendo presente che "l'attesa remunerata è pur sempre funzionale ad un *facere*", come in ogni contratto di lavoro subordinato⁷¹². Nella valutazione complessiva dell'assetto dato dalle parti al rapporto di lavoro, certamente l'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata potrà assumere un peso importante, ma non si può escludere che un simile

⁷⁰⁸ In tal senso si v. A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (cur.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2004, 426 ss.; M.G. MATTAROLO, *Definizioni e tipologie*, in M. BROLLO - M.G. MATTAROLO - L. MENGHINI (curr.), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, 12; G. PELLACANI, op. cit., 514 ss., che però sembra far dipendere il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro dalla continuatività dell'attività prestata.

⁷⁰⁹ La giurisprudenza di legittimità più recente sembra svalutare il classico elemento dell'eterodirezione in senso stretto in tutte le ipotesi in cui, per la peculiarità delle mansioni o per il particolare atteggiarsi del rapporto di lavoro "l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile". In questi casi, sempre secondo detto orientamento, occorre "fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale, elementi che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione": così Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, *MGC*, 2010, 4, 561; si v. anche Cass. 30 marzo 2010, n. 7681, *RCDL*, 2010, 476 ss., con nota di I. MAZZURANA.

⁷¹⁰ Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. La citazione è una di quelle più valorizzate dalla dottrina per sostenere che le clausole di flessibilità della prestazione avrebbero potuto essere pattuite anche dopo la pronuncia della Consulta, purché all'interno, per l'appunto, di coordinate temporali predeterminate. In tal senso si v. P. ICHINO, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, *RIDL*, 1992, II, 731 ss

⁷¹¹ Così R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 14, pur escludendo che il contratto di lavoro intermittente possa essere ricondotto al *part-time*, come del resto è sostenuto dalla dottrina assolutamente maggioritaria.

⁷¹² Così M. NAPOLI, op. cit., 595; nello stesso senso G. BONI, op. cit., 129.

obbligo venga inquadrato in una fattispecie diversa dal lavoro subordinato: si pensi ad un contratto che abbia ad oggetto il servizio di manutenzione di macchinari o impianti che preveda l'impegno del manutentore ad attivarsi in un lasso di tempo determinato nel contratto medesimo.

3.2. Disponibilità, attesa e lavoro a tempo parziale

Qualche cenno merita anche la questione della riconducibilità del lavoro intermittente al *part-time*, generalmente negata dalla dottrina sulla base del fatto che il contratto di lavoro *de quo* non pare prevedere un minimo di attività lavorativa⁷¹³. L'affermazione, sostenuta anche da una discutibile sentenza della Corte di giustizia⁷¹⁴, si fonda principalmente sulla presunta differenza tra l'oggetto del contratto di lavoro intermittente, che secondo la dottrina sarebbe individuabile esclusivamente nello "stare a disposizione", senza alcuna certezza in ordine allo stesso *an* della prestazione di attività, e quello di lavoro a tempo parziale (ma anche a tempo pieno), in cui la prestazione lavorativa è certa nell'*an*, ma può subire modifiche rispetto al *quantum* e al *quomodo*⁷¹⁵. Una simile ricostruzione, tuttavia, risulta criticabile per diversi motivi. In primo luogo, l'idea che l'oggetto del contratto di lavoro intermittente sia esclusivamente lo stare a disposizione è contraddetta, a tacer d'altro, dalla lettera della legge, che collega la disponibilità allo svolgimento della prestazione lavorativa "nei limiti di cui all'art. 34". E l'art. 34 stabilisce espressamente che il contratto di lavoro intermittente "può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente". Ciò dovrebbe bastare per far concludere che la disponibilità (sia essa con o senza obbligo di risposta alla chiamata) è funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa, la cui determinazione nell'entità e nella collocazione temporale è collegata all'insorgenza delle esigenze individuate dai contratti collettivi⁷¹⁶. La possibilità che il lavoratore non venga mai chiamato a svolgere l'attività non appartiene alla fisiologia, ma alla patologia della suddetta figura contrattuale; alla luce di queste considerazioni, tra l'altro, si potrebbe ritenere che, a fronte del sopravvenire delle esigenze individuate dal contratto collettivo e richiamate nel contratto individuale, in capo al lavoratore maturi una legittima aspettativa, se non addirittura il diritto⁷¹⁷, ad essere chiamato per svolgere la prestazione. Correlativamente, la totale indisponibilità del lavoratore alla chiamata, anche nel caso di assenza dell'obbligo di risposta, può giustificare il licenziamento del lavoratore⁷¹⁸. A ragionare diversamente, ritenendo cioè sia la chiamata

⁷¹³ In questo senso V. BAVARO, *Lavoro a chiamata...*, cit., spec. 779; P.E. MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro. Il contratto di lavoro intermittente*, *RDL*, 2007, I, 191 ss.

⁷¹⁴ Il riferimento è a C. Giust. 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, in *MGL*, 2005, 176 ss., con nota di L. CORAZZA. Sulle questioni aperte dalla sentenza si v. M. MILITELLO, *Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, *DLM*, 2005, 661 ss. Si v. anche L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (curr.), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI - G.A. BENACCHIO (dirr.), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, 346 ss.

⁷¹⁵ Così R. VOZA, op. cit., 349 ss.; si vv. anche F. BACCHINI, op. cit., 234; M.G. MATTAROLO, op. cit., 15.

⁷¹⁶ Oltre agli AA. citati alla nota 63, si vv. anche R. ROMELI, op. cit., 412 ss.; A. PERULLI, op. cit., 138, che osserva: "il debitore non esegue interamente la sua prestazione solo tenendosi a disposizione del creditore con la semplice e continua attitudine all'offerta di *operae*, bensì obbligandosi ad un comportamento che consenta in ogni momento l'organizzabilità della propria prestazione, *sub specie* di risposta alla chiamata presso l'impresa".

⁷¹⁷ Sulla nozione di aspettativa nel diritto del lavoro si v. A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, spec. 55 ss.

⁷¹⁸ L'obiezione secondo cui il licenziamento non sarebbe neppure necessario, essendo sufficiente non chiamare il lavoratore (pare questa la posizione di P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 609) può essere superata alla luce delle considerazioni appena svolte sull'obbligo per il datore di lavoro di chiamare il lavoratore in occasione dell'insorgenza delle esigenze individuate nel contratto.

del datore di lavoro che la prestazione del lavoratore prive di qualsivoglia vincolatività si rischia davvero di confinare il contratto nell'area della nullità, perché le prestazioni di entrambe le parti sarebbero soggette a condizioni meramente potestative⁷¹⁹. Il contratto di lavoro intermittente, come gli altri rapporti caratterizzati da un'alternanza tra periodi lavorati e periodi di attesa /disponibilità, dunque, è *strutturalmente* un contratto a tempo parziale⁷²⁰, perché l'alternanza tra periodi lavorati e periodi di disponibilità è il tratto caratterizzante di questa particolare tipologia contrattuale⁷²¹. Certo, l'equivalenza funzionale con il *part-time*⁷²² potrà non essere particolarmente rilevante dal punto di vista, ad esempio, della disciplina applicabile, dato che il lavoro intermittente è dotato di una disciplina autonoma rispetto al primo per quasi tutti i profili; tuttavia, non si può escludere che detta equivalenza possa venire in considerazione in riferimento ad aspetti non regolati o di dubbia legittimità.

Da questo angolo visuale, una prima questione riguarda la conformità del contratto *de quo* con le previsioni costituzionali, ed in particolare con l'art. 36 Cost., quanto meno nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale nella celeberrima sentenza del 1992⁷²³. Sul punto la dottrina prevalente sembra orientata a ritenere che la questione possa porsi tuttora⁷²⁴, ma che essa debba essere risolta esclusivamente attraverso la quantificazione dell'indennità di disponibilità, almeno per quanto riguarda il contratto con obbligo di risposta alla chiamata. In altre parole, il sacrificio della libera fruizione del tempo di non lavoro potrebbe essere giustificato dalla percezione di un'indennità conforme al principio di sufficienza di cui all'art. 36 Cost.⁷²⁵. In quest'ottica, però, la libera disponibilità del tempo di non lavoro viene in considerazione solo nella sua funzione di permettere al lavoratore di conseguire, con una pluralità di rapporti di lavoro, la retribuzione sufficiente a realizzare un'esistenza libera e dignitosa, funzione certamente valorizzata in uno dei passaggi della sentenza della Corte, ma non nel senso di escludere la rilevanza degli altri interessi

⁷¹⁹ Come ritiene P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro, RGL*, 2003, 905; nello stesso senso U. ROMAGNOLI, op. cit., 29. Del resto, lo stesso V. BAVARO, *Lavoro a chiamata...*, cit., 781, sottolinea che "un contratto che non prevede obblighi è un contratto senza *ubi consistam*, privo com'è della relazione obbligatoria fra creditore e debitore" e aggiunge che "occorre valorizzare la lettera della norma e riconoscere che il contratto di lavoro intermittente *obbliga* il lavoratore a stare a disposizione per essere utilizzato in prestazioni discontinue; ciò costituisce un tipo contrattuale perfetto, con creditore, debitore, causa ed oggetto".

⁷²⁰ Si condivide sul punto l'osservazione di M. MAGNANI, *I lavori flessibili, ADL*, 2006, 31 ss., secondo la quale "moduli lavorativi quali il lavoro temporaneo, il *part-time* verticale, nonché le nuove figure del lavoro intermittente e del lavoro ripartito celano sotto un'apparente veste di continuità occupazionale una prestazione lavorativa che si configura invece, in sé, strutturalmente discontinua, nel complesso caratterizzata da un ridotto monte orario lavorativo e, quindi, da un minore importo di reddito" (qui 37-38).

⁷²¹ Non è accettabile, da questo punto di vista, l'obiezione di chi ritiene che il contratto di lavoro intermittente non possa essere assimilato al *part-time* flessibile perché il lavoratore potrebbe essere chiamato a lavorare a tempo pieno: si v. R. VOZA, op. cit., 350. Se l'utilizzo dell'attività lavorativa a tempo pieno è limitato ad un periodo di tempo determinato, tale utilizzo corrisponde alla struttura del contratto in parola e non risulta molto diverso dal *part time* verticale; in caso contrario, si tratta di un utilizzo improprio, se non in frode alla legge, e pertanto il lavoratore potrà eventualmente chiedere al giudice di accertare la reale qualificazione del contratto intercorso tra le parti.

⁷²² Per questa conclusione si v. R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 14; U. ROMAGNOLI, op. cit., 27.

⁷²³ C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit.

⁷²⁴ U. ROMAGNOLI, op. cit., 27; Ritiene invece che la sentenza della Corte costituzionale sia "rispettata alla lettera" dalle previsioni in materia di lavoro intermittente P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 613.

⁷²⁵ In tal senso si v. A. LEVI, *Contratto di lavoro intermittente e disponibilità del lavoratore*, DL, 2006, 386 ss.; A. PERULLI, op. cit., 147 ss. sottolinea come in forza di tale principio l'indennità vada commisurata anche alla professionalità del lavoratore; D. GOTTAZI, op. cit., 489; G. PELLACANI, op. cit., 518 ss., sia pure in senso dubitativo.

alla cui soddisfazione è finalizzata la suddetta disponibilità⁷²⁶. La lettura che la Corte dà della funzione del tempo di non lavoro è collegata anche allo svolgimento della personalità del lavoratore; in tal senso il tempo libero deve essere inteso come “tempo garantito alla persona del lavoratore per lo svolgimento libero della sua personalità, cioè elemento costitutivo della dignità della persona, in esercizio, se vorrà, delle sue libertà costituzionali”⁷²⁷. Se è così, però, la monetizzazione, quand’anche nella misura richiesta dall’art. 36 Cost., non può bastare⁷²⁸; è necessario che il tempo della disponibilità del lavoratore venga considerato ai fini della delimitazione complessiva del suo impegno temporale, in modo che vi siano spazi sottratti al potere di chiamata del datore di lavoro. Come si è detto, poi, il tempo della disponibilità, dovrebbe entrare, sia pure parametrato all’effettivo sacrificio del tempo libero, nel computo degli istituti collegati alla prestazione dell’attività lavorativa, come le ferie⁷²⁹. La conclusione qui sostenuta vale, naturalmente, per tutte le ipotesi in cui allo svolgimento effettivo della prestazione si accompagnino periodi di disponibilità/reperibilità del lavoratore, come nella somministrazione a tempo indeterminato, ma anche nel *part time* con clausola flessibile o elastica. Anche in questa ipotesi, infatti, l’incidenza del potere datoriale di modificare la collocazione temporale o la durata della prestazione sul tempo non occupato dalla prestazione lavorativa sulla libera fruizione del tempo di non lavoro è innegabile; a questa conclusione, del resto, era giunta pacificamente la giurisprudenza pre riforma.

3.3. Disponibilità, attesa e durata del contratto di lavoro

Un’ultima questione merita di essere trattata, non foss’altro perché su di essa si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia comunitaria su un caso riguardante la disciplina previdenziale italiana del *part time* verticale, ma con argomentazioni suscettibili di avere una portata ben più ampia. Il problema è quello del computo dei periodi di intervallo tra una prestazione lavorativa e l’altra, a prescindere dalla situazione di disponibilità alla chiamata del lavoratore ovvero di mera attesa, ai fini della determinazione della durata del rapporto di lavoro.

⁷²⁶ C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. In effetti, la Corte segnala, richiamando l’orientamento della Corte di Cassazione, che il *part time* “lascia al prestatore d’opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d’opera, deve essere salvaguardata, anche all’ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un’esistenza libera e dignitosa”, ma poi ricorda che “sarebbe inoltre certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall’attività lavorativa”. È proprio in questo punto che si trova la considerazione della Corte della rilevanza di interessi diversi da quelli collegati alla percezione di una retribuzione sufficiente. Su questa lettura della sentenza della Corte sia consentito il rinvio a C. ALESSI, *Part time e job sharing*, *QDLR*, 1995, 121 ss.

⁷²⁷ Così A. OCCHINO, *Il tempo libero...*, cit., 21. Parla di “diritto al riposo” come “vero e proprio diritto assoluto, ossia un diritto inherente alla sfera della tutela della personalità del lavoratore in quanto essere umano” R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina delle ferie*, in V. LECCESE (cur.), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsos, 2004, 379.

⁷²⁸ Che il tempo di riposo non possa essere sostituito *sic et simpliciter* dalla relativa compensazione economica sembra possa ricavarsi anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla frazionabilità del periodo feriale, che sottolinea come l’interesse del lavoratore alla fruizione effettiva delle ferie permanga anche dopo la scadenza del periodo di riferimento. Si v. Corte Giust. 6 aprile 2006, C-124/05, *FNV, RIDL*, 2006, II, 503, con nota di G. RICCI, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di “non monetizzabilità secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Per la questione del diritto al risarcimento in forma specifica della lesione del diritto alle ferie si v. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., 391 ss.

⁷²⁹ In tal senso si v. anche R. VOZA, op. cit., 364, il quale esattamente osserva che l’applicazione al lavoratore intermittente della regola *pro rata temporis* non tiene in debito conto “la penosità della disponibilità offerta dal lavoratore a chiamata”.

Per comprendere meglio i termini della questione, è opportuno partire proprio dalla cennata pronuncia della Corte di giustizia, che ha ritenuto contraria alla direttiva 97/81/CE la normativa italiana in materia pensionistica che, nel caso di *part-time* verticale c.d. ciclico, considera utili ai fini del conseguimento dell'anzianità contributiva necessaria ai fini dell'accesso alle prestazioni previdenziali i soli periodi effettivamente lavorati, escludendo dunque i periodi di sospensione dell'attività⁷³⁰. La Corte ha fondato la sua decisione sull'applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 4 della Direttiva 97/81/CE, ritenendo, in particolare, che "l'anzianità contributiva utile ai fini della determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione" debba essere calcolata "per il lavoratore a tempo parziale come se egli avesse occupato un posto a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati" (punto 66 della sentenza)⁷³¹. Nella sua giurisprudenza precedente, del resto, la Corte di Giustizia aveva sostenuto che benché spesso l'anzianità di servizio possa fondare legittimamente un differente trattamento dei lavoratori *part-time* rispetto ai lavoratori a tempo pieno, tuttavia è possibile dimostrare che essa non sia idonea, in alcuni casi, a tal fine. Con riferimento all'anzianità di servizio necessaria per l'accesso ad una superiore qualificazione, la Corte ha sostenuto che "l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni svolte e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro effettuate"⁷³². Come si è avuto modo di osservare nel commento alla sentenza, ora la Corte fa un ulteriore passo in avanti, là dove afferma che il lavoro a tempo parziale di tipo verticale deve considerarsi, quanto alla durata, equivalente ad un rapporto di lavoro a tempo pieno tutte le volte che il decorso del tempo venga in considerazione *di per sé*, a prescindere cioè dallo svolgimento effettivo dell'attività lavorativa⁷³³.

La pronuncia citata può avere un impatto più ampio di quello immediato (peraltro non trascurabile⁷³⁴), sia perché l'enunciato principio è suscettibile di essere applicato a tutte le tipologie contrattuali in cui vi sia un'alternanza di periodi di lavoro e di periodi di non lavoro, sia perché la

⁷³⁰ Corte Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini vs INPS, DPL*, n. 48 (inserto), XIV (s.m.), con nota di M. AIMO e D. IZZI; *DLM*, 2010, 485 (s.m.), con nota di R. SANTUCCI, "Blow up" del divieto di discriminazione nella disciplina del *part time*, 486 ss. La sentenza è di prossima pubblicazione anche in *RCDL*, 2010, 4, con nota di C. ALESSI, *La Corte di Giustizia e il part-time verticale e in RGL*, 2011, con nota di M. ALTIMARI, *Part time verticale e disciplina previdenziale INPS: la Corte di Giustizia amplia la nozione di retribuzione*.

⁷³¹ La sentenza, per poter applicare il principio di parità di trattamento, ha dovuto affrontare alcuni nodi problematici di non poco conto, primo fra tutti l'inclusione nella nozione di retribuzione delle prestazioni pensionistiche erogate dall'INPS. Si tratta di una conclusione discutibile, ma che non è particolarmente rilevante nell'economia del presente lavoro. Per la disanima delle questioni accenate si rinvia dunque ai commenti citati alla nota precedente.

⁷³² C. Giust. 10 marzo 2005, C-196/02, *Nikoloudi*, *Racc*, 2005, I-1789 ss.; si v. anche C. Giust. 3 ottobre 2006, C-17/05, *Cadman*, in *Racc.*, 2006, I-9583 ss., spec. punti 33 ss. in motivazione; ma già C. Giust. 7 febbraio 1991, C-184/89, *Nimz*, in *Racc.*, 1991, p. I-319 e in *RIDPC*, 1993, 463 ss., con nota di G. BURRAGATO; Corte Giust. 2 ottobre 1997, C-100/95, *Kording*, in *Racc*, 1997, I-5289; per l'applicazione del medesimo principio anche al contratto di *job sharing* si v. Corte Giust. 17 giugno 1998, C-243/95, *Hill-Stapleton*, in *RGL*, 1999, II, 533 ss., con nota di D. MEROLLA. Sia consentito il rinvio anche a C. ALESSI, *Lavoro a tempo parziale, job sharing e discriminazioni indirette*, *DRI*, 1999, 235 ss.

⁷³³ C. ALESSI, *La Corte di giustizia...*, cit.

⁷³⁴ L'applicazione della sentenza imporrà di rivedere i criteri di calcolo dell'anzianità contributiva attualmente applicati ai lavoratori assunti con un *part-time* verticale, peraltro già criticati dalla dottrina: si vv., tra gli altri, F. RAVELLI, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, 2007, 34 ss.; S. RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e egualianza nella tutela sociale dei lavori*, in *LD*, 2005, p. 60 ss.; P. BOZZAO, *Le questioni di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, *LD*, 2010, 399 ss.

questione non si pone solo per l'accesso alle prestazioni pensionistiche, ma per tutte le ipotesi in cui il calcolo di un istituto è necessario riferirsi alla durata del rapporto di lavoro.

Quanto al primo profilo, il criterio utilizzato dalla Corte di giustizia può essere tranquillamente riferito, oltre che al *part-time* verticale, al lavoro intermittente, al lavoro somministrato a tempo indeterminato e anche al lavoro ripartito, là dove si ponga una simile questione⁷³⁵. In tutti questi casi, infatti, i periodi non lavorati “discendono dalla normale esecuzione” dei suddetti contratti, e non dalla loro sospensione⁷³⁶. Viene qui in considerazione, insomma, il concetto di durata del rapporto contrattuale, utilizzato dalla dottrina anche ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato⁷³⁷, che secondo la Corte prescinde dall'articolazione dell'orario di lavoro.

Le pause *fisiologiche* tra una prestazione e l'altra, quelle cioè che corrispondano alla particolarità della struttura contrattuale, devono essere computate dunque ai fini della determinazione della durata complessiva del rapporto di lavoro, non potendo essere considerate, come avevano cercato di sostenere l'INPS e il Governo italiano⁷³⁸, periodi di sospensione del rapporto di lavoro. Su questo punto, la posizione della Corte di giustizia appare in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana in relazione all'annosa questione della spettanza dell'indennità di disoccupazione per i periodi non lavorati nel contratto *part-time* verticale⁷³⁹. In quella sentenza, la Corte aveva osservato che nel rapporto di lavoro a tempo parziale verticale, a differenza di quanto avviene per il lavoro stagionale, “il rapporto «prosegue» anche durante il periodo di sosta, pur con la sospensione delle corrispettive prestazioni, in attesa dell'inizio della nuova fase lavorativa”⁷⁴⁰. È proprio su questo punto che le posizioni delle due Corti sembrano concordi; mentre però nel caso dell'indennità di disoccupazione tale affermazione era servita ad escluderne la spettanza per i lavoratori a *part-time* verticale⁷⁴¹, nel caso analizzato dalla Corte di giustizia è servita a parificare il trattamento di questi ultimi con quello di cui godono i lavoratori a tempo pieno, quantomeno

⁷³⁵ Per il lavoro ripartito la questione potrebbe porsi ove i due coobbligati dividessero tra loro l'orario di lavoro non su base giornaliera, ma settimanale, mensile o annuale, ad esempio. Sul punto si v. A. ALLAMPRESE, *La forma del contratto e gli obblighi di comunicazione*, in M. BROLLO - M.G. MATTAROLO - L. Menghini (curr.), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, 95; L. CALAFÀ, Voce: «Job sharing» (*contratto di lavoro a prestazioni ripartite*), *DDP comm. Aggiornamento*, Torino, 2003, 549 ss.

⁷³⁶ C. Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, cit., punto 72.

⁷³⁷ Sul punto si vv. le considerazioni di A. OCCHINO, *Il tempo libero*, cit., 178 ss.

⁷³⁸ C. Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, cit., punto 70: “l'INPS e il governo italiano hanno dichiarato, all'udienza, che il contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale ciclico viene considerato, nel diritto italiano, come sospeso durante i periodi non lavorati”.

⁷³⁹ C. cost. 24 marzo 2006, n. 121, *Fl*, 2006, I, 2637 ss., con nota di S.L. GENTILE; *RIDL*, 2006, II, 810 ss., con nota di C. ALESSI.

⁷⁴⁰ Su questo aspetto la Corte ha fondato la legittimità delle previsioni in materia di indennità di disoccupazione che, nell'interpretazione datane dalle Sezioni Unite della Cassazione, escludevano i lavoratori assunti con part time ciclico dal novvero dei titolari. La sentenza è stata oggetto di osservazioni critiche da parte della dottrina maggioritaria. Si v., oltre agli autori citati alla nota precedente, M. CINELLI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia sullo stato di disoccupazione: un raffronto*, *RDSS*, 2006, 559 ss.; F. ROMANI, *Il trattamento di disoccupazione nel part-time verticale: un dietrofront della Consulta?*, *ibidem*, 755 ss.; I. MARIMPIETRI, *L'indennità di disoccupazione nel part-time di tipo verticale su base annua al vaglio della Corte Costituzionale*, *DRI*, 2006, 206 ss.

⁷⁴¹ Sulla decisione hanno pesato, fra l'altro, ragioni di sostenibilità economica, come ha osservato la dottrina citata nelle note precedenti. Tali preoccupazioni sono le stesse che hanno mosso il legislatore ad intervenire, nelle more del giudizio davanti alla Corte, escludendo la spettanza dell'indennità di disoccupazione, sia a requisiti ordinari che ridotti, in tutti i casi di “contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale”.

in relazione ai criteri di calcolo dell’anzianità contributiva necessaria per l’accesso alla pensione⁷⁴². In ogni caso, quel che si può concludere è che i rapporti di lavoro che alternano periodi di inattività e periodi di svolgimento della prestazione nel quadro di una struttura contrattuale unitaria⁷⁴³ devono essere considerati, alla luce della giurisprudenza ora citata, come equivalenti ad un rapporto di lavoro a tempo pieno per quanto riguarda la loro durata complessiva. Nella prospettiva adottata in questa pagine, allora, una simile conclusione vale non solo per il lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata, per il lavoro ripartito e per il lavoro somministrato a tempo indeterminato, per i quali sembra difficile negarlo, ma anche per il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata.

L’osservazione porta ora ad affrontare il secondo profilo problematico, cioè le conseguenze della ricostruzione proposta nella determinazione degli istituti commisurati alla durata del rapporto contrattuale, che prescindono cioè dalla prestazione effettiva di attività. Si pensi, ad esempio, al periodo di comporto per malattia, non a caso subito indicato dalla dottrina come uno dei punti di sofferenza della disciplina del *part-time* verticale alla luce della pronuncia della Corte di giustizia⁷⁴⁴.

Le implicazioni della pronuncia della Corte sono tali da poter mettere in discussione, per il *part-time* verticale, la regola che affida alla contrattazione collettiva la possibilità di rimodulare la durata del periodo di comporto e del periodo di prova (art. 4, comma 2, lett. a) D. Lgs. n. 61/2000)⁷⁴⁵, mentre per tutti gli altri elementi indicati dalla medesima norma deve applicarsi, senza eccezioni, la regola paritaria. Per il lavoro intermittente, invero, gli effetti potrebbero essere più dirompenti, perché la decisione della Corte di Lussemburgo rende ancor più discutibile, anche dal punto di vista della conformità al diritto comunitario, la previsione di cui all’art. 38, comma 3, D. Lgs. n. 276/2003, secondo la quale “per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo”⁷⁴⁶. Infine, la soluzione adottata dalla corte potrebbe applicarsi anche all’ipotesi di conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato seguito di una pronuncia del giudice per il periodo intercorrente tra la scadenza del contratto e l’effettiva ricostituzione del rapporto di lavoro, dando così ragione all’orientamento dottrinale che ritiene l’indennità risarcitoria prevista dall’art. 32, comma 5, L. n. 183/2010 aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle conseguenze derivanti dai “comuni

⁷⁴² La Corte di giustizia distingue infatti il calcolo dell’importo della pensione, che “dipende direttamente dalla quantità di lavoro effettuata dal lavoratore e dai contributi corrispondenti, secondo il principio del *pro rata temporis*” (punto 65) dalla “determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione”, che corrisponde “alla durata effettiva del rapporto di lavoro e non alla quantità di lavoro fornita nel corso della relazione stessa” (punto 66).

⁷⁴³ Si muove nella medesima direzione la proposta, avanzata in relazione all’ordinamento britannico, di ritenere che in questi casi sia «implicitamente esistente un contratto globale, il cosiddetto contratto “ad ombrello”»: si v. C. BARNARD - S. DEAKIN, *Una ridefinizione del rapporto di lavoro dipendente: flessibilità o sicurezza?*, LD, 2008, 294 ss.

⁷⁴⁴ In tal senso R. SANTUCCI, op. cit., spec. 499 ss., che segnala l’incongruenza dell’orientamento più recente della Cassazione in materia di comporto con il principio di parità di trattamento dei lavoratori *part-time*, come interpretato dalla Corte di giustizia.

⁷⁴⁵ Sul punto si v. A. ALAIMO, *Principio di non discriminazione e criterio del riproporzionamento dei trattamenti*, in M. BROLLO (cur.), *Il lavoro a tempo parziale*. D. Lgs. n. 61/2000, Milano, 2001, 100 ss.;

⁷⁴⁶ La dottrina ha già individuato la previsione come uno dei punti di maggiore “sofferenza” della disciplina del lavoro intermittente. Si v., in particolare, R. VOZA, op. cit., 360 ss.; D. GOTTAZI, op. cit., 490 ss.

principi in tema di conversione del contratto e di *mora credendi ex art. 1206 cod. civ.*⁷⁴⁷. In quest'ottica, la riconosciuta continuità giuridica del rapporto non dovrebbe valere esclusivamente ai fini contrattuali, come sostenuto da una parte della dottrina⁷⁴⁸, ma anche per tutti i profili per i quali può venire in considerazione la durata del rapporto di lavoro, compresi quelli previdenziali.

⁷⁴⁷ Così S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, *CSDLE*, n. 115.it, 2011, 20; in giurisprudenza si v. T. Busto Arsizio 29 novembre 2010, *GLav*, 2010, n. 49, 18 ss.

⁷⁴⁸ In tal senso A. VALLEBONA, *Lavoro a termine illegittimo per il collegato lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*, *LG*, 2011, 37 ss. In giurisprudenza T. Trani 20 dicembre 2010, che però dubita della legittimità costituzionale della norma, e T. Roma 28 dicembre 2010, che al contrario ritiene la previsione non sospetta di illegittimità costituzionale, entrambe pubblicate in *DRI*, 2011, 148 ss.

Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*

Andrea Bollani

1. Introduzione.	248
2. Il caso Fiat: breve cronistoria.	249
3. Gli accordi sindacali separati e la loro efficacia soggettiva.	251
4. L'art. 19 St. lav. e l'accesso ai diritti sindacali a Pomigliano e Mirafiori.	255
5. <i>Newco</i> , trasferimento d'azienda e contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.	257
6. Art. 19 St. lav. e profili di costituzionalità.	260
7. Postilla.	262

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 124/2011

1. Introduzione.

È stato detto da più parti che le recenti vicende sindacali, che hanno interessato il gruppo Fiat, segnano un'evoluzione, non di poco conto, delle nostre relazioni industriali. Si è parlato di "shock"⁷⁴⁹, di "scossone"⁷⁵⁰; si è detto anche che dopo questi accordi sindacali "nulla sarà più come prima"⁷⁵¹.

Invero, se proiettiamo questi accadimenti sui problemi giuridici ad essi sottesi (quindi, sui problemi del diritto sindacale), finiamo in larga misura per tuffarci in molte questioni del passato, mai compiutamente risolte, benché rimaste sopite o attutite nei periodi di unità dell'azione sindacale.

Se, con una finzione antropomorfa, noi immaginassimo il diritto sindacale italiano come una persona in viaggio, probabilmente ben gli si attaglierebbero le suggestive parole di Italo Calvino ne "Le città invisibili", là dove l'autore narra le ricerche del suo Marco Polo ricordandoci che "arrivando a ogni nuova città il viaggiatore ritrova un suo passato che non sapeva più d'avere". Fuor di metafora, la novità del contesto e delle sfide indotte dalla globalizzazione, dalla competizione internazionale, dall'esigenza di intensificazione e maggiore efficienza della produzione – da tutto quell'insieme di cose, insomma, su cui si è ormai formata, da un lato, una vastissima letteratura socioeconomica e, dall'altro, sono ormai andati consolidandosi veri e propri luoghi comuni – ha fatto venire (o tornare) al pettine tutta una serie di nodi irrisolti del nostro diritto sindacale; nodi che, appunto, ci eravamo in qualche modo dimenticati di avere o che, quanto meno, avevamo potuto trascurare perché sdrammatizzati dall'autocomposizione sociale attuata e realizzata con un sistema contrattuale e sindacale unitario.

Come è sempre accaduto nella storia del movimento sindacale italiano, i fenomeni di rottura dell'unità sindacale finiscono per riproporre con prepotenza i problemi giuridici classici: l'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo e l'*erga omnes*, il rapporto tra i livelli contrattuali e la derogabilità dell'uno ad opera dell'altro, il recesso dal contratto e persino l'ultrattività, l'efficacia delle clausole di tregua, e così via enumerando.

Ciascuno dei problemi sommariamente evocati tende peraltro ora a riproporsi non senza coloriture particolari, indotte dalla specificità della vicenda Fiat, assumendo sembianze parzialmente inedite e introducendo interrogativi capaci di generare riflessioni almeno in parte nuove.

È questo il caso, ad esempio, dell'accesso ai diritti sindacali in azienda, che l'art. 19 St. lav. riserva, come noto, alle sole associazioni sindacali "firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva". Si tratta, certo, di un tema già ampiamente discusso in passato, prima e dopo la manipolazione referendaria del 1995, ma che non aveva mai assunto una rilevanza così acuta, come nel caso Fiat, ove ad essere escluso dai diritti dispensati dal titolo III dello Statuto è ora il sindacato (la Fiom) che, sebbene non firmatario dei discussi contratti aziendali di Pomigliano

⁷⁴⁹ Allo "shock di Pomigliano sul diritto del lavoro" è stato dedicato il 6° Seminario di Bertinoro: si vedano, ora pubblicati in *ADL* 2010, p. 1080 ss., gli interventi di R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, M. BROLLO e R. PESSI, che saranno richiamati *infra*.

⁷⁵⁰ M. MAGNANI, *Gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia* 2011, p. 11.

⁷⁵¹ G. PROIA, *Il diritto del lavoro e le relazioni industriali: cosa cambia dopo Mirafiori*, in www.cuorecritica.it

e Mirafiori, vanta nella categoria e nell'azienda un rilevante (probabilmente il maggiore, rispetto a ciascuno degli altri sindacati) numero di iscritti.

In relazione a questo e ad altri profili, ce n'è dunque quanto basta perché la dottrina torni a concentrarsi sul diritto sindacale, se è vero che, come ha scritto recentemente uno studioso commentando il consolidarsi di un modello (non più solo Pomigliano, ora anche Mirafiori), siamo di fronte alla cronaca che si fa storia⁷⁵².

Rifuggendo doverosamente dalla tentazione di divagare sulle grandi questioni della politica economica, dell'attrazione degli investimenti e del futuro economico ed industriale del nostro Paese – questioni, queste, pur fondamentali e chiaramente incombenti sullo sfondo – occorre anzitutto compiere, dalla visuale del giurista, uno sforzo teso a separare il piano del discorso gius-sindacale da quello, che pure non può essere ignorato, in cui si situano problemi di carattere più prettamente politico-sindacale.

In queste pagine saranno affrontati due ordini di questioni.

Il primo profilo investe la questione dell'ambito soggettivo di efficacia degli accordi separati e del loro rapporto con i contratti collettivi precedenti. Connessi a questi temi sono anche il significato e la portata del *referendum* e, sullo sfondo, l'eventualità/opportunità di un intervento legislativo che scioglia i nodi della misurazione della rappresentatività e/o dell'*erga omnes*, almeno a livello aziendale.

Il secondo profilo concerne invece la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali e l'accesso ai diritti sindacali, che gli accordi separati Fiat del 23 dicembre 2010, per lo stabilimento di Mirafiori, e del 29 dicembre 2010, per Fabbrica Italia Pomigliano, riconoscono ai soli sindacati stipulanti, sul presupposto della ritenuta inapplicabilità di altri contratti collettivi.

2. Il caso Fiat: breve cronistoria.

La vicenda è nota⁷⁵³, ma va comunque brevemente ripercorsa.

Antefatti non irrilevanti sono gli accordi interconfederali – anch'essi separati (o, altrimenti detto, non unitari)⁷⁵⁴ – del 2009: l'accordo quadro del 22 gennaio di revisione del sistema contrattuale e quello, conseguente, del settore industriale del 15 aprile, entrambi conclusi nel dissenso della Cgil.

⁷⁵² F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL* 2011, p. 11 ss.

⁷⁵³ Per una ricostruzione analitica dei contenuti degli accordi succedutisi, cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima cognizione*, in *RIDL* 2011, III, p. 113 ss.

⁷⁵⁴ Suggerisce questa diversa espressione P. BELLOCCHI, *La rappresentatività degli attori negoziali*, in *DLRI* 2010, p. 304, osservando che qualunque contratto collettivo è per definizione "separato", nel senso che esso non viene concluso da tutti i sindacati esistenti e che, semmai, a catturare l'attenzione degli osservatori è la divisione, quando si verifica, tra i sindacati aderenti a Cgil, Cisl e Uil. Il rilievo è senz'altro corretto e merita di essere condiviso; nondimeno, in questo saggio viene comunque utilizzata l'espressione "contratti separati", in quanto ormai entrata nell'uso comune proprio con il fine di descrivere i contratti collettivi scaturiti da fenomeni di rottura della storica unità sindacale (cfr. A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL* 2010, I, pp. 30-31).

In questi contratti era già visibile in controluce una linea di tendenza, che si sarebbe poi prepotentemente affermata nel caso Fiat, verso un maggiore decentramento, sia pure in certo senso "organizzato dal centro"⁷⁵⁵, della contrattazione collettiva, con accresciuta valorizzazione del livello aziendale. E ciò anche in vista dell'introduzione di trattamenti derogatori *in peius* rispetto a quelli previsti dal contratto nazionale di categoria.

La necessità di ripensare il ruolo del contratto nazionale di lavoro è del resto largamente avvertita, non da oggi, anche da vasti strati della dottrina giuridica⁷⁵⁶. E la questione dei trattamenti derogatori emerge ormai in maniera sempre più spiccata, se è vero che essa, come è stato rilevato, "oggi è acutizzata per il fatto che le deroghe possono essere richieste per fronteggiare non solo casi isolati di sostegno allo sviluppo in aree depresse, ma criticità aziendali diffuse causate dalla competizione globale"⁷⁵⁷.

A dire il vero, sebbene le c.d. clausole d'uscita, prefigurate dall'accordo interconfederale⁷⁵⁸, possano certo essere considerate come indice di una nuova inclinazione del sistema contrattuale – abilitando dunque sul piano intersindacale, a certe condizioni, deroghe introdotte a livello decentrato nei confronti del contratto nazionale –, è vero anche che dal punto di vista dell'ordinamento giuridico statuale esse certo non innovano, giacché, alla luce della specialità del contratto aziendale, quest'ultimo già ben poteva derogare, per consolidata giurisprudenza, le regole poste dal contratto nazionale⁷⁵⁹.

Sta comunque di fatto che il decentramento contrattuale, per quanto controllato e filtrato dal *placet* dei contraenti nazionali⁷⁶⁰, va progressivamente penetrando e consacrando anche nel sistema delle relazioni industriali⁷⁶¹. Ed è proprio su questo punto, o soprattutto su questo punto, che si è consumata, a ben vedere, la spaccatura tra le maggiori organizzazioni sindacali.

⁷⁵⁵ M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL* 2009, p. 1281; sul successivo accordo interconfederale dell'aprile 2009, cfr. V. FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in *ADL* 2009, p. 1014 ss.

⁷⁵⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *Una riforma impossibile?*, in *RIDL* 2006, I, p. 272; A. TURSI, *È davvero necessaria una "rivoluzione maggioritaria"?*, in *RIDL* 2006, I, p. 303, che mette del resto in evidenza "l'insufficiente che comincia a serpeggiare nei livelli periferici delle strutture sindacali di categoria, nei confronti del principio della subordinazione gerarchica del contratto decentrato rispetto a quello nazionale"; R. PESSI, *La contrattazione in deroga: il "caso" Pomigliano*, in *ADL* 2010, p. 1120.

⁷⁵⁷ T. TREU, *Editoriale*, in *Eropa lavoro economia*, Suppl. mensile di AREL, 2010, n. 8/9, p. 4.

⁷⁵⁸ Cfr. l'art. 5 dell'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, a mente del quale "al fine di governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area, i contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria possono consentire che in sede territoriale, fra le associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto medesimo, siano raggiunte intese per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria. (...) In ogni caso le intese così raggiunte per essere efficaci devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata".

⁷⁵⁹ Il rilievo è comune in dottrina: A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *RGL* 2009, I, p. 155; R. VOZA, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *DLRI* 2010, p. 572; P. TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *ADL* 2010, p. 1091; V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'archetipo Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *QRS* 2010, n. 3; R. PESSI, *La contrattazione in deroga*, cit., p. 1120.

⁷⁶⁰ V. sempre l'art. 5 dell'accordo interconfederale del 15 aprile 2009.

⁷⁶¹ Di diverso avviso è R. PESSI, *La contrattazione in deroga*, cit., p. 1121, secondo il quale gli accordi del 2009 potrebbero addirittura indurre la giurisprudenza – proprio grazie ai limiti causal e procedurali dettati a livello interconfederale – a rimeditare l'orientamento favorevole, in nome del criterio di specialità, alla derogabilità anche *in peius* del contratto nazionale ad opera di quello integrativo. Si

Si può dunque dire che gli accordi Fiat abbiano costituito l'espressione più eclatante – acuita dalla natura multinazionale e globalizzata dell'impresa in questione, capace di scegliere dove allocare le proprie produzioni, più o meno a piacimento, nell'intero pianeta⁷⁶² – di una linea di tendenza già delineatasi tra gli attori sociali, nel dissenso della Cgil e, a livello categoriale, della Fiom.

Tant'è che, in un rapido succedersi di eventi concentrati nello spazio di un semestre, è parso evidente come proprio la vicenda Fiat, fragorosamente aperta dal contratto di Pomigliano del 15 giugno 2010, abbia profondamente influenzato le vicende della contrattazione nazionale, inducendo la disdetta di Federmecanica all'ultimo contratto unitario (quello del 2008), nonché la stipulazione del CCNL del 29 settembre 2010; accordo, quest'ultimo, che, nell'estremo tentativo di trattenere la Fiat nel sistema confindustriale, ha emendato il CCNL separato del 2009 ammettendo in via generale, anche sul piano intersindacale, la pattuizione di ampie discipline derogatorie a livello aziendale⁷⁶³.

Il segno impresso ai processi negoziali, dunque, ha visto sprigionarsi un'inusitata influenza della periferia nei confronti del centro, con erosione della tradizionale centralità del contratto nazionale.

Ma il culmine doveva infine raggiungersi con lo "sganciamento" della Fiat da (o meglio, con la non adesione delle sue *new companies*) a Confindustria. Fatto eclatante, questo, non solo per le sue valenze *lato sensu* politiche, ma soprattutto per gli effetti che l'azienda si ripromette in tal modo di ottenere sul piano giuridico, sottraendosi all'applicazione del CCNL.

3. Gli accordi sindacali separati e la loro efficacia soggettiva.

Va peraltro detto che le lacerazioni e le tensioni interne al sistema di relazioni industriali, prodotte dalla rottura dell'unità sindacale, non possono e non devono far velo sul fatto che l'eventuale divaricazione di orientamenti tra le varie componenti del movimento sindacale costituisce pur sempre espressione di libertà sindacale.

La libertà sindacale, del resto, contiene in sé il principio del pluralismo sindacale, da considerarsi a sua volta apprezzabile fattore di pluralismo sociale. L'eventuale stipulazione di contratti collettivi separati non va dunque guardata, dall'angolazione giuridica, in modo necessariamente negativo, poiché essa altro non è se non una conseguenza del riconoscimento costituzionale della libertà sindacale, che include la libertà di scegliere se e con chi stipulare contratti.

Certo, non vi è dubbio che queste divisioni introducano un serio problema (non solo politico-sindacale, ma anche) giuridico nel momento in cui risulti inadeguato, o finanche inesistente, un

tratta di un punto di vista che mette opportunamente in evidenza come il diritto vivente legittimi, ed ormai da tempo, una derogabilità sostanzialmente libera del CCNL da parte dei livelli inferiori; e, tuttavia, esso non appare persuasivo nella parte in cui sembra adombrare una capacità, anche solo potenziale, delle clausole contenute negli accordi interconfederali di paralizzare gli effetti di eventuali negozi derogatori di secondo livello, se è vero, come è vero, che le prime non possono mai produrre, sul piano dell'ordinamento giuridico statuale, l'effetto di invalidare i secondi.

⁷⁶² F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *ADL* 2010, p. 590; R. DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL* 2010, p. 1080.

⁷⁶³ Cfr. l'art. 4-bis del CCNL del 2009, introdotto con l'accordo del 29 settembre 2010, in forza del quale "al fine di favorire lo sviluppo economico ed occupazionale mediante la creazione di condizioni utili a nuovi investimenti o all'avvio di nuove iniziative ovvero per contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale, possono essere realizzate specifiche intese modificate, anche in via sperimentale o temporanea, di uno o più istituti disciplinati dal presente CCNL e degli accordi dallo stesso richiamati".

sistema di regole capace di comporre i conflitti intersindacali, in modo da individuare, specie nel caso di dissenso sindacalmente organizzato, l'esatto ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo. Il che, peraltro, finisce per investire la stessa capacità del contratto collettivo di assolvere la sua funzione di regolamentazione unitaria dei rapporti di lavoro, la quale sarebbe in ipotesi impedita ove si attribuisse al dissenso sindacale una sorta di potere di voto.

Come noto, nella ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale non sono mancati sforzi volti a risolvere il problema provocato dai c.d. accordi aziendali in perdita, sia nei riguardi della pretesa di singoli lavoratori di sottrarvisi, sia a fronte di accordi ablativi che, sostitutivi di altri precedenti, vengano firmati da alcune organizzazioni sindacali nel dissenso di altre.

Sul punto si è cercato variamente di argomentare, seppure in maniera non sempre persuasiva, la tendenziale efficacia generalizzata del contratto aziendale, facendo leva sull'indivisibilità degli interessi dedotti nel regolamento contrattuale⁷⁶⁴ (ed invero anche gli accordi di Pomigliano e Mira-fiori riguardano materie non divisibili, in quanto attinenti all'organizzazione del lavoro), sulla "oggettiva funzione di regolamentazione uniforme"⁷⁶⁵ propria degli accordi aziendali (pur col limite della salvaguardia del dissenso sindacalmente organizzato)⁷⁶⁶, sulla capacità rappresentativa dei sindacati stipulanti⁷⁶⁷, sulla legittimazione democratica promanante dall'assemblea dei lavoratori dell'azienda⁷⁶⁸.

Resta però che queste tesi, già in sé non prive di criticità, appaiono ancor meno servibili, e capaci di condurre ad approdi sicuri, allorché ci si debba misurare con contratti c.d. separati.

Anche a voler condividere la corretta opinione che fonda l'efficacia soggettiva del contratto collettivo su un atto di adesione individuale, anche implicito, suscettibile di essere inteso, con una certa latitudine, come richiamo ad un sistema di fonti da intendersi coordinate tra loro (tesi del c.d. rinvio mobile o formale, non già ad un singolo contratto, bensì alla fonte di produzione normativa ed a tutti i suoi esiti)⁷⁶⁹, la rottura dell'unità sindacale fa evidentemente venire meno il sistema a cui il rinvio, secondo questa ricostruzione, andrebbe riferito.

Il rinvio aperto a tutti gli esiti della contrattazione collettiva si interrompe infatti quando muta l'identità dei soggetti collettivi stipulanti, dovendosi ritenere che in tal modo sia mutata la stessa fonte di produzione normativa oggetto di rinvio⁷⁷⁰.

A questo punto, non resta dunque che tornare al diritto comune dei contratti; il che, peraltro, va pur sempre combinato con l'insopprimibile rilevanza che in questa materia viene assunta – anche, se non soprattutto, in faccende come quella in esame – dal principio di effettività.

⁷⁶⁴ M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, Cedam, 1980, p. 170; C. ASSANTI, *La coppia "collettivo-collettivo": rappresentatività del sindacato ed "indivisibilità" delle posizioni soggettive*, in AA. VV., *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, Milano, Angeli, 1984, p. 109 ss.

⁷⁶⁵ Cass. 25 marzo 2002, n. 4218; Cass. 15 giugno 1999, n. 5953.

⁷⁶⁶ Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *RIDL* 2005, II, p. 312, con nota di A. BOLLANI, *Il contratto collettivo aziendale è efficace erga omnes?*

⁷⁶⁷ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam, 1981.

⁷⁶⁸ B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli, 1992.

⁷⁶⁹ G. PROSPERETTI, *Le transazioni collettive*, Roma, Ed. La Sapienza, 1984; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 2000, 230.

⁷⁷⁰ Contra, A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit., p. 56.

Il criterio civilistico della rappresentanza – storicamente posto a base della teoria del mandato e poi progressivamente superato dalle costruzioni dottrinali volte a riconoscere originarietà al potere normativo sindacale – riacquista così piena utilità nel momento in cui le frammentazioni del sistema contrattuale oscurano la fruibilità concettuale di teorie che sembrano presupporre necessariamente l’unità dell’azione sindacale.

Pertanto, in prima battuta, gli accordi aziendali delle *new companies* del gruppo Fiat possono darsi applicabili agli iscritti alle associazioni stipulanti, ma non anche ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato (salvo che lo vogliano o mostrino di volerlo, rinviandovi esplicitamente o implicitamente), né a quelli iscritti a sindacati dissidenti.

Quanto si è appena detto non deve però farci perdere di vista che la contestazione dell’efficacia soggettiva di un contratto collettivo, quando è promossa dai lavoratori o dalle loro organizzazioni sindacali, è funzionale, sul piano pratico, a rivendicare l’applicazione di un altro contratto collettivo (generalmente, un contratto precedente derogato *in peius* da quello contestato). Sennonché nel caso Fiat – salvi i limitati effetti, di cui si dirà⁷⁷¹, che il CCNL unitario del 2008 potrebbe ancora produrre, ma solo sino alla sua scadenza, per il tramite dell’art. 2112 c.c. – va detto che, quand’anche vi fosse spazio per respingere il contratto la cui efficacia soggettiva è contestata, non ve ne sarebbe un altro applicabile, né nazionale né aziendale.

La pretesa di sottrarsi al contratto aziendale della *newco*, dunque, rischia di apparire piuttosto velleitaria, nel momento in cui si prende atto che non vi è un altro contratto collettivo applicabile e che, comunque, il contratto contestato non presenta soltanto contenuti normativi deteriori rispetto al “vecchio” CCNL unitario dei metalmeccanici, ma anche la previsione di trattamenti economici potenzialmente migliorativi.

L’esperienza d’altronde ci insegna che, pur nel dissenso ai CCNL separati firmati da altre organizzazioni sindacali, nessun iscritto alla Fiom ha mai rifiutato l’applicazione degli aumenti salariali stabiliti da tali contratti, per quanto si trattasse di incrementi ritenuti insufficienti ed inadeguati rispetto alla piattaforma rivendicativa del sindacato di appartenenza. Al più, in tali ipotesi, il dissenso di un sindacato importante e significativamente rappresentativo, quale la Fiom, può far sì che il contratto stipulato (solamente) col consenso di altre associazioni sindacali non riesca a produrre il suo tipico effetto pacificatore, innescando anzi conflittualità e contestazioni che si espli- cano, in genere, mediante ricorso all’autotutela collettiva⁷⁷².

Si può dunque ritenere, ancora una volta, che questo tipo di conflitti a carattere intersindacale trova la sua più naturale composizione per il tramite del principio di effettività. In questa prospettiva, potrebbe non essere lontano dal vero il punto di vista di chi⁷⁷³ osserva come, pur di fronte all’intrinseca debolezza giuridica di un accordo aziendale al contempo separato ed ablativo, le maggiori difficoltà di un progetto di così rilevante riorganizzazione aziendale siano concentrate soprattutto all’inizio, tendendo poi via via ad attenuarsi man mano che le nuove regole vengono introiettate dai destinatari (*id est*, dai lavoratori operanti nell’impresa).

⁷⁷¹ V. *infra*, § 5.

⁷⁷² Cfr. F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL* 2010, I, p. 13.

⁷⁷³ F. CARINCI, *Se quarant’anni vi sembran pochi: dallo statuto dei lavoratori all’accordo di Pomigliano*, cit., p. 601.

Non si può peraltro ignorare che il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi aziendali separati abbia raggiunto nelle recenti vicende Fiat un'intensità probabilmente senza precedenti, tanto da aver indotto diversi studiosi ad invocare sul punto un intervento legislativo⁷⁷⁴, in qualche caso anche modificando proprie precedenti opinioni⁷⁷⁵. Eppure, per quanto le ragioni addotte a sostegno dell'intervento legislativo risultino pienamente comprensibili, sembra lecito continuare a nutrire qualche riserva nei confronti di provvedimenti eteronomi che rischierebbero di conformare eccessivamente, dall'esterno, la dinamica delle relazioni sindacali.

La materia, oltretutto, è alquanto esposta al rischio di potenziali frizioni con la carta costituzionale, sotto diversi profili. Se è pur vero che la dottrina più accreditata esclude che la c.d. seconda parte dell'art. 39 Cost. possa dispiegare la sua efficacia impeditiva anche nei confronti di una legislazione relativa *all'erga omnes* a livello aziendale⁷⁷⁶, è vero anche che la Corte costituzionale, allorché si dovette occupare della legittimità costituzionale dell'art. 5 l. n. 223/1991, con una celebre sentenza⁷⁷⁷, anziché decidere di sbarazzarsi agevolmente della questione argomentando a partire proprio dall'estraneità del contratto collettivo aziendale dal campo di applicazione dell'art. 39, comma 4, Cost., ritenne di ricorrere all'assai più complesso impianto poggiante sulla teoria dei c.d. contratti gestionali, al fine di escludere il dedotto contrasto con l'art. 39, comma 4, Cost. della norma di rinvio ai contratti contenenti determinazione dei criteri di scelta dei lavoratori da sottoporre a licenziamento collettivo. Ed in quell'occasione la Corte precisò che tali accordi sindacali "non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di *una o più singole imprese*".

Sembra dunque residuare qualche dubbio in ordine all'effettiva estraneità del contratto collettivo aziendale (normativo) dalla cerchia di quelli considerati dall'art. 39, comma 4, Cost.

Detti dubbi assumono ancora maggiore consistenza se si considera che la nozione stessa di categoria (la norma costituzionale parla di "appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce") deve essere intesa, in necessaria armonia con il principio di libertà sindacale, come il mero perimetro della comunità professionale assunta a riferimento dell'azione sindacale, senza necessità, dunque, di ancorarla a riferimenti merceologici o territoriali ovvero a nozioni rinvenibili *in rerum natura* e preesistenti all'azione sindacale⁷⁷⁸. Di conseguenza, la comunità professionale di riferimento potrebbe ben essere individuata anche come quella comprendente i lavoratori di una singola impresa.

⁷⁷⁴ F. CARINCI, *op. ult. cit.*, p. 602; R. DE LUCA TAMAO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, cit., p. 1085.

⁷⁷⁵ R. PESSI, *La contrattazione in deroga*, cit., p. 1131, che ritiene una legge sull'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale un passaggio necessario per consentire all'impresa di assolvere la funzione sociale – implicante la localizzazione dell'attività produttiva in Italia – che la Costituzione le assegna riconoscendo e proteggendo la libertà di iniziativa economica.

⁷⁷⁶ Da ultimo, R. DE LUCA TAMAO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, cit., p. 1085, che sottolinea la riferibilità della c.d. seconda parte dell'art. 39 Cost. "solo alla contrattazione nazionale"; ma v. già T. TREU, *Il sindacato fuori della Costituzione: riconoscimento e rappresentatività*, in *Jus* 1975, p. 227.

⁷⁷⁷ Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *FI*, 1994, I, c. 2307.

⁷⁷⁸ F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes*, in *RTDPC* 1963, p. 570 ss.

Non del tutto scontata, dunque, sembra la conclusione secondo cui un eventuale intervento legislativo in tema di efficacia *erga omnes* del contratto collettivo aziendale – efficacia fondata, in ipotesi, sulla misurazione della rappresentatività dei sindacati stipulanti ovvero sull'avallo postumo operato dai lavoratori tramite *referendum* – potrebbe evitare di misurarsi con i limiti posti dall'art. 39, commi 1 e 4, Cost.⁷⁷⁹

Appare dunque preferibile che queste materie formino oggetto, piuttosto, di disciplina negoziale. Spetta evidentemente alle confederazioni di provare a ricucire il filo di un dialogo interrotto, anche se obiettivamente i rapporti tra le maggiori organizzazioni sindacali sembrano avere attualmente toccato, forse, il loro minimo storico ed i tatticismi, da tutte le parti, sembrano per ora prevalere sul perseguitamento di scelte di più ampio respiro, come testimonia ad esempio l'esaltazione a corrente alternata (a seconda degli esiti che in concreto esso dà) dell'istituto del *referendum*.

Ma, nonostante le attuali profonde divisioni, la storia delle nostre relazioni industriali dimostra come ciclicamente la dialettica e la competizione intersindacale non vada disgiunta da forme di vera e propria "cooperazione interorganizzativa"⁷⁸⁰, evidentemente necessaria in casi, come quello italiano, di perdurante astensionismo legislativo.

4. L'art. 19 St. lav. e l'accesso ai diritti sindacali a Pomigliano e Mirafiori.

È stato detto che nel primo accordo di Pomigliano, dell'estate 2010, sarebbe prevalsa una linea *soft*, concertata tra Fiat e Confindustria, mentre a partire dall'accordo di Mirafiori, pochi giorni prima del Natale 2010, sarebbe prevalsa la linea *hard* del *management Fiat*⁷⁸¹.

Nella parte normativa dei due accordi si può in realtà riscontrare una sostanziale linea di continuità, se non di vera e propria identità di contenuto. Il vero elemento dirompente sta però nella fuoriuscita dal sistema confindustriale, ribadita ulteriormente nell'accordo, definito di "primo livello", del 29 dicembre 2010 per i lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano (ma destinato a fungere da contratto collettivo-tipo per tutte le imprese del settore auto che vorranno aderirvi), oltre che nel successivo contratto aziendale "di secondo livello" della *newco* Fabbrica Italia del 17 febbraio 2011.

Che la non adesione delle *new companies* a Confindustria sia il vero e principale tratto di discontinuità è ben visibile, soprattutto, nelle ricadute sulla disciplina dei diritti sindacali.

L'art. 1 dello specifico allegato all'accordo di Mirafiori afferma che "rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ai sensi dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300 dalle organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo".

⁷⁷⁹ Il rischio di conflitti con la carta costituzionale, incluso il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost., che deriva da un'eventuale restrizione della legittimazione negoziale a taluni soggetti soltanto, ovvero dall'attribuzione alla convalida referendaria del compito di corroborare l'efficacia soggettiva degli accordi separati, è ben avvertita – e, pare, indifferentemente riferita a contratti nazionali ed aziendali – da A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit., *passim*.

⁷⁸⁰ M. NAPOLI, *Sindacato* (voce), in *Digesto IV*, sez. *comm.*, XVI, Torino, Utet, 1999, p. 524.

⁷⁸¹ F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, cit., pp. 27-28.

Analogamente si esprime il contratto del 29 dicembre 2010 relativo allo stabilimento di Pomigliano.

Entrambi gli accordi ora richiamati subordinano poi l'eventuale successiva adesione di terze parti "al consenso di tutte le parti firmatarie".

Come noto, il testo vigente dell'art. 19 attribuisce la titolarità dei diritti sindacali dispensati dal titolo III dello Statuto alle sole associazioni sindacali firmatarie (ossia che hanno partecipato attivamente al processo negoziale⁷⁸²) di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva. Sicché, essendo quello aziendale l'unico contratto applicabile nell'unità produttiva di cui qui si discute, è dalla stessa legge ordinaria fondamentale del lavoro che nel caso in esame si fa descendere l'esclusione della Fiom dal godimento dei diritti sindacali; esclusione, questa, che potrebbe persino estendersi alla raccolta dei contributi sindacali, se si accogliesse la tesi⁷⁸³, fatta propria da buona parte della giurisprudenza⁷⁸⁴, che ritiene oggi cedibile il credito di lavoro solo per causa di finanziamento (*rectius*, di restituzione di un prestito), alla luce dell'estensione al settore privato del d.p.r. n. 180/1950.

Si tratta, a tutta evidenza, di una profonda rottura – nemmeno immaginabile solo pochi anni fa⁷⁸⁵ – del consolidato assetto dei rapporti intersindacali dispiegatisi sino ad ora presso la Fiat, come nel resto del tessuto industriale del Paese.

Invero, sul piano dell'analisi giuridica, non è chi non veda come in ciò finisca per manifestarsi una sorta di effetto perverso del *referendum* abrogativo del 1995 (allora ben visto, ironia della sorte, dall'ala sinistra della Cgil)⁷⁸⁶. Del resto, fu presto chiaro agli osservatori che l'esito referendario di fatto cancellava con un tratto di penna la natura promozionale o di sostegno dello Statuto⁷⁸⁷, dismettendo il criterio selettivo della rappresentatività presunta e sostituendovi quello della rappresentatività effettiva. Ed invero suona oggi piuttosto paradossale che il colpo alla tempia alla natura *auxiliary* dello Statuto, assestato col *referendum*, determini ora per conseguenza la perdita

⁷⁸² Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *RIDL* 1996, II, p. 447, con nota di G. PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*

⁷⁸³ F. FALCIONI, *La cessione del credito retributivo*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2009, II, p. 2437 ss., con ampia ed accurata rassegna degli orientamenti della giurisprudenza di merito successiva alla novella del 2004, che avrebbe introdotto, secondo questa condivisibile lettura, un vincolo di destinazione (la restituzione di un prestito) alla cessione del credito retributivo.

⁷⁸⁴ Cfr. Trib. Torino, 4 dicembre 2006, in *LG* 2007, p. 610, con nota adesiva di L. RATTI; Trib. Ascoli Piceno, 17 marzo 2006, in *NGL* 2006, p. 1; Trib. Milano, 6 giugno 2006, in *RCDL* 2006, p. 1059; *contra*, App. Firenze, 18 giugno 2010, in *RCDL* 2010, p. 737. Invero già la nota sentenza delle Sezioni unite (Cass. S.U., 21 dicembre 2005, n. 28269) – che aveva ritenuto utilmente invocabile, dopo il *referendum* abrogativo dell'art. 26, comma 2, St. Iav., l'istituto della cessione del credito – aveva avuto modo di precisare che la pronuncia si riferiva ad un caso assoggettato alla disciplina anteriore alla modificazione dell'art. 1 del d.p.r. n. 180/1950, operata dalla legge n. 311/2004, la quale ha reso “incedibili fuori dei casi consentiti dal medesimo testo normativo (...) anche i compensi erogati dai privati datori di lavoro ai dipendenti”.

⁷⁸⁵ Ancora nel 2010 era ritenuto alquanto “improbabile uno scenario nel quale vengano negati ad associazioni sindacali come la Cgil i diritti sindacali di fonte legale”: così F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, cit., p. 17; in termini analoghi si esprimeva A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL* 2010, I, p. 57.

⁷⁸⁶ Parla di “classica eterogenesi dei fini” L. MARIUCCI, *Le libertà individuali e collettive dei lavoratori*, in *RIDL* 2011, I, p. 52.

⁷⁸⁷ G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI* 1995, p. 367.

dei diritti sindacali di quella parte del movimento sindacale tradizionalmente e culturalmente più incline a fare propria una concezione universale ed istituzionale della rappresentanza sindacale.

Il *referendum* di fatto restringeva⁷⁸⁸, anziché allargare, la cerchia dei soggetti ammessi al godimento dei diritti sindacali, ora riservati solo a chi mostra, stipulando contratti, di essere già rappresentativo, di esserlo effettivamente e di esserlo sapendo incidere sui processi negoziali.

La norma statutaria uscita dal *referendum* suona dunque come formale riconoscimento, munito del crisma autorevole del preceppo legale, di quanto i sindacati sanno conquistarsi sul campo, per il tramite della loro azione negoziale. Si tratta, a ben vedere, dell'estrema affermazione del principio di effettività, concettualmente antitetico all'idea originaria della legislazione promozionale⁷⁸⁹. Qui il legislatore non fa altro che rinviare alle libere dinamiche intersindacali⁷⁹⁰, fondate sui rapporti di forza, in maniera che ben può ritenersi coerente con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost.

Se il contratto collettivo riesce ad imporsi e ad essere applicato nell'unità produttiva, ciò vale come prova della capacità del sindacato firmatario di essersi saputo innalzare al ruolo di interlocutore credibile e dunque abilitato, dal legislatore, ad accedere ai diritti sindacali. Il che ovviamente non impedisce alle organizzazioni sindacali dissentienti di promuovere tutte le strategie, dalle medesime ritenute più opportune, per esercitare la propria autotutela in vista del "riconoscimento" conseguente alla stipulazione di un contratto collettivo.

5. Newco, trasferimento d'azienda e contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.

Il contratto collettivo per Mirafiori del 23 dicembre 2010 contiene una clausola per mezzo della quale le parti contraenti si danno reciprocamente atto che l'assunzione del personale proveniente dall'impresa (diverso soggetto giuridico) che gestiva in precedenza quel medesimo sito produttivo "avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, con il riconoscimento dell'anzianità aziendale pregressa e senza applicazione di quanto previsto dall'art. 2112 c.c., in quanto nell'operazione societaria non si configura il trasferimento di ramo d'azienda". In termini sostanzialmente analoghi si esprime il contratto collettivo "di secondo livello" stipulato per Pomigliano il 17 febbraio 2011.

Orbene, si tratta di clausole assolutamente inidonee a produrre gli effetti voluti dagli stipulanti, essendo del tutto evidente che alle parti firmatarie sfugge la disponibilità di qualificare liberamente siffatte vicende di circolazione dell'azienda come operazioni sussumibili, o meno, nell'art. 2112 c.c.

Spetta infatti all'interprete, e dunque al giudice in caso di controversia, stabilire se ci si trovi di fronte ad un trasferimento di azienda; e nel caso in esame, attesa la chiara identità dell'attività produttiva e del complesso dei beni e dei fattori ad essa preordinati, non sembra consentito nutrire dubbi sul fatto che la risposta debba essere positiva.

⁷⁸⁸ P. Tosi, *L'esito referendario e i suoi effetti sulle relazioni industriali in azienda*, in *RDL* 1996, p. 43 ss.

⁷⁸⁹ T. TREU, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL* 2011, I, p. 8, annovera l'art. 19 tra le norme dello Statuto "interpolate da disposizioni successive così da risultare irriconoscibili".

⁷⁹⁰ P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in *RIDL* 1996, I, p. 133.

Se ciò è vero, occorre allora interrogarsi sugli effetti che l'art. 2112 c.c. è in grado di produrre nelle vicende di Pomigliano e Mirafiori, con particolare riguardo alla disciplina collettiva applicabile ed all'eventuale "trascinamento" dei contratti collettivi applicati dal cedente.

Com'è agevole intuire, la questione assume una speciale rilevanza ai fini dell'accesso ai diritti sindacali, poiché – nel caso in cui presso il cedente fossero applicati contratti collettivi sottoscritti anche dalla Fiom e tali contratti fossero resi applicabili anche al cessionario giusta il disposto dell'art. 2112, comma 3, c.c. – risulterebbe realizzata la condizione prevista dall'art. 19 St. lav.⁷⁹¹ e lo storico sindacato di categoria aderente alla Cgil si vedrebbe (ri)ammesso alla fruizione dei diritti sindacali.

Tale risultato potrebbe venire anzitutto perseguito tramite la rivendicata persistente applicabilità del CCNL unitario dei metalmeccanici del 2008, già applicato ai lavoratori degli stabilimenti Fiat.

Come noto, Federmecanica ha provveduto dapprima a stipulare un CCNL "separato" nel 2009, senza l'adesione della Fiom, ed ha in seguito disdetto il precedente contratto collettivo unitario. A tale proposito, in effetti, non si può ritenere che la sottoscrizione del contratto separato del 2009 contenesse in sé, implicitamente, il recesso dal precedente contratto unitario, se non altro per il fatto che quest'ultimo era ed è munito di un termine finale (fissato dalle parti al 31 dicembre 2011), sì da risultare impedito il recesso *ante tempus*. La disdetta di Federmecanica, dunque, lungi dall'essere ridondante ovvero esercitata "per mera cautela"⁷⁹², va considerata essenziale al fine di evitare, anzitutto, il rinnovo automatico previsto contrattualmente, nonché – una volta divenuta operante la clausola di ultrattività pure prevista dal medesimo CCNL, che lo trasformerà dopo la scadenza, in attesa di rinnovo, in un contratto a tempo indeterminato – al fine di consentire l'esercizio della facoltà di recesso unilaterale (ma con effetti che potranno prodursi solo dopo la scadenza originariamente prevista).

Da quanto ora detto deriva che il CCNL unitario del 2008 può ancora venire invocato dai lavoratori iscritti alla Fiom, anche presso la *newco*, in forza dell'art. 2112, comma 3, c.c.

Né in senso contrario sembra potersi sostenere, con ragionevole grado di certezza, che il CCNL appena citato sia stato sostituito da altri contratti collettivi applicabili al cessionario. L'effetto di sostituzione, per espressa previsione dell'art. 2112, comma 3, c.c., "si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello"⁷⁹³. E, sebbene il contratto del 29 dicembre 2010 per Fabbrica Italia Pomigliano sia stato qualificato dalle parti come contratto "di primo livello" –

⁷⁹¹ L'art. 19 St. lav. testualmente aggancia la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali all'essere il sindacato firmatario di contratti collettivi "applicati" nell'unità produttiva. Una lettura coerente con la *ratio* dell'art. 19 impone di intendere l'aggettivo "applicati" come "applicabili", prescindendo dunque, nel caso di trasferimento d'azienda, dall'effettiva e spontanea applicazione del contratto, bastando che essa sia da ritenersi doverosa.

⁷⁹² Con queste parole è stata in effetti formulata la relativa comunicazione.

⁷⁹³ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 74, che ravvisa nella norma lo scopo di evitare la sostituzione del contratto nazionale con uno "di livello aziendale largamente peggiorativo", fatti salvi quelli, c.d. di ingresso, negoziati nell'ambito della procedura sindacale di informazione e consultazione.

aperto all'adesione di altre imprese e teso in qualche modo a prefigurare un futuribile CCNL del settore auto –, esso possiede tutte le caratteristiche, a ben vedere, dell'accordo aziendale⁷⁹⁴.

Alla luce della persistente applicabilità del CCNL unitario del 2008, la Fiom potrebbe pertanto costituire una propria rappresentanza sindacale aziendale nell'unità produttiva⁷⁹⁵; sennonché, tale prospettiva si rivela di assai corto respiro, proprio per il fatto che si tratta di un contratto collettivo ormai prossimo alla scadenza, già disdetto ed in relazione al quale è già stato, con largo anticipo sulla sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato, esercitato il recesso a far data dal 1° gennaio 2012⁷⁹⁶.

Da qui a breve, pertanto, la Fiom non risulterà più, in ogni caso, firmataria di contratti di sorta applicati (applicabili) nell'unità produttiva e da ciò deriverà il venir meno dei diritti sindacali previsti dal titolo III dello Statuto⁷⁹⁷.

Né, al fine di poter essere considerato sindacato firmatario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 19 St. lav., sembra poter essere invocato, sempre per il tramite dell'art. 2112 c.c., l'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 in materia di costituzione delle r.s.u.⁷⁹⁸

Si tratta infatti di un accordo sottoscritto, a livello confederale, dalla Cgil e non dall'associazione sindacale (la Fiom) che aspirerebbe, per tale via, alla costituzione di una propria r.s.a.

Se è vero che, come detto, dopo il *referendum* del 1995 la valutazione dei requisiti di accesso ai diritti sindacali ha abbandonato il piano della rappresentatività presunta, saggistica a livello confederale, non sembra potersi condividere l'opinione⁷⁹⁹ secondo la quale anche gli accordi interconfederali – benché, appunto, non stipulati dall'associazione della cui azione sindacale si debba valutare l'effettività – rientrerebbero nella nozione di “contratti collettivi di lavoro” di cui all'art. 19 St. lav.; anche perché ciò finirebbe per negare qualsiasi assunzione di responsabilità del sindacato di categoria in ordine alle proprie scelte e linee di azione, appiattendole su quelle della confederazione, a dispetto di quanto le cronache, anche nella vicenda Fiat, si sono sempre incaricate di dimostrare.

⁷⁹⁴ Anche F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, cit., p. 34, pur evidenziando che il contratto collettivo di Mirafiori del 23 dicembre fosse un contratto “di I° ed esclusivo livello” – successivo ad una precedente disciplina collettiva che, in quello stabilimento, contemplava il concorso di due livelli contrattuali – ritiene che la condizione prevista dall'ultimo periodo dell'art. 2112, comma 3, c.c. si potesse considerare soddisfatta soltanto “formalmente”.

⁷⁹⁵ Dello stesso avviso è G. SANTORO PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in corso di pubblicazione in *ADL* 2011.

⁷⁹⁶ Alcuni dubbi sono formulati tuttavia da P. Tosi, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, cit., p. 1093, in ordine al rispetto da parte di Federmeccanica del congruo preavviso necessario allorché sia esercitata la facoltà di recesso; preavviso che, secondo l'Autore, andrebbe computato a partire dalla data in cui il contratto diviene a tempo indeterminato, a meno di non voler considerare che nel caso di specie si sia trattato di recesso ordinario o causale, dovuto alla sopravvenuta impossibilità del suo oggetto derivante dal sopraggiunto nuovo CCNL concluso d'intesa con tutte le parti tranne una. Invero tale ultima ipotesi ricostruttiva sembra difficilmente sostenibile, poiché, almeno nei riguardi degli iscritti alla Fiom, l'oggetto non è divenuto giuridicamente impossibile; piuttosto sembra potersi rilevare che, ove si ritenesse fondata la rigorosa opinione di Tosi, ne deriverebbe al più un differimento nel tempo degli effetti estintivi del vincolo contrattuale conseguenti al recesso.

⁷⁹⁷ Cfr. Cass. 9 aprile 2009, n. 8725, in *RGL* 2010, II, p. 177, in tema di sopravvenuta carenza dei requisiti di cui all'art. 19, con conseguente venir meno dei diritti sindacali in capo alla rappresentanza sindacale aziendale.

⁷⁹⁸ Cfr. A. LASANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione “separata”*, in *DLRI* 2010, pp. 325-326.

⁷⁹⁹ P. Tosi, *L'esito referendario e i suoi effetti sulle relazioni industriali in azienda*, cit., p. 43.

6. Art. 19 St. lav. e profili di costituzionalità.

Di fronte alla concreta prospettiva dell'esclusione della Fiom dal godimento dei diritti sindacali, oltretutto presso l'azienda simbolo dell'industria italiana, non sono mancate prese di posizione volte a riproporre taluni dubbi di costituzionalità riferiti all'art. 19 St. lav.⁸⁰⁰

Invero, già all'indomani del *referendum* del 1995 la norma fu sottoposta ad uno scrutinio di costituzionalità, passando indenne il vaglio del giudice delle leggi⁸⁰¹. Furono infatti respinte le eccezioni fondate su una supposta violazione dei principi di ragionevolezza e di libertà sindacale, di cui agli artt. 3 e 39 Cost.; violazioni, quelle denunziate, che sarebbero consistite, secondo i giudici rimettenti, nella consacrazione, ad opera del testo dell'art. 19 risultante dal *referendum*, di un potere di accreditamento in capo al datore di lavoro.

La Corte ritenne le questioni non fondate, affermando che l'art. 19, lungi dal fondare il menzionato potere di accreditamento, semplicemente optava, in maniera ragionevole, per il riconoscimento di una qualità oggettiva del sindacato firmatario di contratti collettivi, qualità consistente nella dimostrata effettività della sua azione sindacale. La norma ben poteva perciò ritenersi ragionevole e conforme a Costituzione, là dove eleggeva determinati soggetti a destinatari di un *quid pluris* di tutela – non imposto dall'art. 39, comma 1, Cost. – e consistente nella fruizione dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto, secondo la nota impostazione già elaborata dalla più risalente giurisprudenza costituzionale⁸⁰². Per usare le parole della sentenza del 1996, “le norme di sostegno dell'azione sindacale nelle unità produttive, in quanto sopravanzano la garanzia costituzionale della libertà sindacale, ben possono essere riservate a certi sindacati identificati mediante criteri scelti discrezionalmente nei limiti della razionalità”.

La Corte precisò che “l'avere tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività effettiva, il criterio della lettera b), esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale”, ponendo con ciò implicitamente l'accento, ancora una volta, sull'effettività e sulle dinamiche dei rapporti di forza, vero architrave del sistema sindacale di fatto non legificato, quale unico filtro per la conquista, sul campo, dell'accesso ai diritti sindacali.

Quella lettura può forse avere risentito del fatto che allora si viveva una stagione di unità dell'azione sindacale e che i problemi di cui oggi siamo chiamati ad occuparci erano ben di là da venire. Eppure, nonostante qualche voce minoritaria avesse già allora criticato quella sentenza⁸⁰³, e malgrado le mutate condizioni storiche inducano oggi taluno a ritenere non più utilizzabili gli argomenti posti a fondamento di quella pronuncia⁸⁰⁴, la piena legittimità costituzionale dell'art. 19 merita tuttora di essere ribadita.

⁸⁰⁰ V. ANGIOLINI, *Nota per la Consulta giuridica della CGIL del 17 gennaio 2011 (sulla rappresentanza ed i diritti sindacali in margine alla vicenda di Mirafiori)*, in www.cgil.it.

⁸⁰¹ Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

⁸⁰² Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *FI* 1974, I, c. 963.

⁸⁰³ G. PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, cit. La dottrina largamente maggioritaria ha aderito tuttavia alle conclusioni della Corte costituzionale.

⁸⁰⁴ V. ANGIOLINI, *Nota per la Consulta giuridica della CGIL*, cit.

La norma, per quanto (già potesse e tuttora) possa essere discussa e criticata dal punto di vista della politica del diritto, nondimeno appare ragionevole nei termini che rilevano secondo l'art. 3 Cost. e la consolidata giurisprudenza costituzionale.

L'art. 19 fungeva e tuttora funge da criterio per l'accesso ai diritti sindacali previsti dagli artt. 20 ss., secondo un disegno di attribuzione selettiva, e non universalistica, di tali diritti; attribuzione selettiva, quella ora richiamata, assentita dalla Costituzione, posta la non sovrapponibilità tra diritti sindacali introdotti dal legislatore ordinario e garanzia minimale della libertà di azione sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost.

I diritti previsti dal titolo III dello Statuto vengono allocati dal legislatore, ad un livello di protezione ulteriore rispetto a quello costituzionalmente necessario, secondo una logica che in origine, nel 1970, rispondeva all'idea del sostegno o promozione anzitutto delle grandi confederazioni sindacali (anche ove non radicate o scarsamente presenti, in ipotesi, nella singola unità produttiva), ma che poi, dopo il *referendum* del 1995, appare semplicemente volta a sancire – nel rispetto del principio di effettività⁸⁰⁵ e valorizzando gli esiti dell'azione sindacale liberamente svolta in conformità all'art. 39, comma 1, Cost. – la capacità del sindacato di proporsi come interlocutore negoziale stabile⁸⁰⁶, realizzando uno scambio politico tra riconoscimento di posizioni giuridiche di vantaggio e gestione responsabile del conflitto industriale.

Si tratta, nei termini da ultimo esposti, di una scelta – appunto di carattere politico, già presente nella versione originaria dell'art. 19, benché diversamente declinata in chiave confederale – che può essere ovviamente non condivisa e che può anche indurci a rimpianti, per verità sterili, su quel che lo Statuto dei lavoratori era ed oggi non è più. Ma non per questo l'esclusione del più importante sindacato di categoria dalle tutele di cui al titolo III – pur esercitando senz'altro sull'interprete la suggestione che qualcosa non torni (almeno rispetto al panorama che siamo abituati ad osservare) – si traduce nell'incostituzionalità dell'art. 19.

La norma tende infatti a premiare, secondo una scelta rientrante appieno nella discrezionalità politica del legislatore, i "soggetti che abbiano saputo dimostrare doti di rappresentatività e responsabilità mediante la realizzazione di iniziative non meramente contestatarie"⁸⁰⁷ ovvero, per dirla in termini meno legati alla situazione contingente, muove dal presupposto che "il reciproco riconoscimento di rappresentatività fra i soggetti negoziali, sulla base dei rapporti di forza che derivano dalle rispettive capacità di aggregazione degli interessi in gioco, più che porsi come strumento di inquinamento di una genuina dialettica sindacale, è, al contrario, presupposto ineliminabile di un fisiologico atteggiarsi del conflitto industriale"⁸⁰⁸.

Ciò dovrebbe peraltro indurre a ritenere, alla luce delle *rationes legis* appena richiamate, che anche la conclusione di contratti c.d. gestionali – malgrado il diverso avviso espresso dalla Corte

⁸⁰⁵ G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, cit., p. 366.

⁸⁰⁶ Cfr. A. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e nuove osservazioni)*, in *Quaderni ADL*, 1996, p. 24; S. LIEBMAN, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda*, 1996, p. 7.

⁸⁰⁷ G. PROIA, *Il diritto del lavoro e le relazioni industriali: cosa cambia dopo Mirafiori*, cit.

⁸⁰⁸ S. LIEBMAN, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda*, cit., p. 8.

costituzionale⁸⁰⁹, oltre che da significativa dottrina⁸¹⁰ – possa soddisfare il requisito imposto dall'art. 19 St. lav., se è vero che anche tal genere di contratti collettivi costituisce idoneo indice di effettiva partecipazione ai processi negoziali e, dunque, di effettiva incidenza – con relativa assunzione di responsabilità – sulle relazioni industriali in azienda.

7. Postilla.

Le ricadute conflittuali degli accordi di Pomigliano e Mirafiori sono in evoluzione, sia sul piano delle azioni di lotta e di autotutela sia su quello (largamente preannunciato) giudiziario.

Se però è consentito qui svolgere qualche breve considerazione sul merito politico-sindacale della vicenda, si può dire che, tra le tante questioni sul tappeto, sembra percepibile un'ambivalenza di fondo delle deroghe – al fine di stabilirne la natura effettivamente peggiorativa o meno – pattuite a livello aziendale (riduzione delle pause a fronte di specifica remunerazione, previsione di maggiori straordinari con conseguente possibilità di maggiore remunerazione, sforzi richiesti ai lavoratori ai fini dell'incremento della produttività in nome della salvaguardia della competitività dell'impresa). Qui, in effetti, le visioni di fondo del movimento sindacale sono tutt'altro che unitarie e non lasciano presagire facili convergenze, almeno in tempi brevi.

Certo, in un Paese di bassi salari – e, più in generale, di basso reddito *pro capite*, almeno nella comparazione europea – varrebbe forse la pena di chiederci se non sia anzitutto il caso di occuparci di quest'urgenza, tremendamente materialista ma quanto mai importante per la vita delle persone in carne ed ossa, chiedendoci anche senza pregiudizi se ed in che modo essa discenda (anche) da una bassa produttività del lavoro.

Più che rifuggire da queste sfide – limitandosi a mirare, con strategia a lungo termine perdente, alla conservazione dello *status quo* – il sindacato dovrebbe saper arricchire ed innovare i contenuti della propria azione, nelle tempeste indotte dalla globalizzazione, ampliando lo spettro della propria influenza sui processi di trasformazione economica in atto, in “un ambito per il quale si dimostra più producente la logica della partecipazione rispetto a quella del conflitto”⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

⁸¹⁰ A. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum*, cit., p. 37; S. LIEBMAN, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda*, cit., p. 11. La giurisprudenza più recente, dal canto suo, appare divaricata: ritengono sufficiente la stipulazione di contratti gestionali, ai fini della costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, in RIDL 2009, II, p. 1057, con nota di P. CAMPANELLA; Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in RIDL 2008, II, p. 528; Cass. 24 settembre 2004, n. 19271, in RIDL 2005, II, p. 549, con nota di R. ROMELI; in senso contrario, Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, in RIDL 2009, II, p. 1061, con nota di P. CAMPANELLA.

⁸¹¹ T. TREU, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, cit., p. 12.